

دعاء مستجاب :

اسال الله الكريم اتمامه على احسن الوجوه واكملها واتمها واعجلها ، وانفعها فى الآخرة والدنيا ، واكثرها انتفاعا به واعمها فائدة لجميع المسلمين ...

[الشيخ محيى الدين النووى فى المقدمة ج ١ ص ١٠٢]

الجزء الرابع عشر

وهو الجزء الثالث من تكملة هذا الشرح

بقلم

محمد نجيب المطيعي

رئيس قسم السنة وعلوم الحديث

بجامعة أم درمان الاسلامية

مكتبة الإرشاد

جدة - المملكة العربية السعودية

كتـــاب الشركة

قال المصنف رحمه الله تعالى

« يصح عقد الشركة على التجارة ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى « انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه ، فاذا خانا خرجت من بينهما » ولا تصح الشركة الا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على التصرف فى المال فلم تصح الا من جائز التصرف فى المال .

(فصــل) ويكره ان يشارك المسلم الكافر ، لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسيا ، قلت : لم ؟ قال : لأنهم يربون والربا لا يحل » .

الشرح حديث أبى هريرة رضى الله عنــه رفعــه . رواه أبو داود والحاكم وصححه ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبى حيان وقد ذكره ابن حبان فى الثقات ، وذكر أنه روى عنه أيضاً الحارث ابن يزيد والدارقطنى بالإرسال ، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال : إنه الصواب ولم يسنده غير أبى همام محمد بن الزبرقان ، وسكت أبو داود والمنذرى عن هذا الحديث . وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهانى فى الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام . هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى التلخيص .

قال الزيلعى فى نصب الراية الجزء الثالث ص ٤٧٥ طبعة المجلس العلمى بالهند قال ابن القطان فى كتابه وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمى عن أبيه عن أبى هريرة ، وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان ، أحد الثقات ولكن أبوه لا يعرف له حال ، ولا يعرف من روى عنه غير ابنه ، ويرويه عن أبى حيان أبو همام محمد بن الزبرقان ، وحكى الدارقطنى عن لوين أنه قال : لم يسنده غير أبى همام ، ثم ساقه من رواية أبى ميسرة النهاوندى :

ثنا جرير عن أبى حيان عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مرسل ، انتهى كلامه . قال ابن سعد فى الطبقات : السائب بن أبى السائب اسمه صفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم ، وله ولد اسمه عبد الله صحابى أيضاً ثم ذكر له حديث الشركة ، انتهى .

وفى هذا ما ورد من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فاوضوا فإنه أعظم للبركة » قال الزيلعى : قلت : غريب وأخرج ابن ماجه فى سننه ـ فى التجارات ـ عن صالح بن صهيب عن أبيه صهيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة ، واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع » اهـ .

ويوجد فى بعض نسخ ابن ماجه : « المفاوضة » عوض المقارضة ، ورواه إبراهيم الحربى فسر فى غريب الحديث قال : وضبط المعارضة بالعين والضاد ، فسر المعارضة بأنها بيع عرض بعرض مثله ، قال : والعرض ما سوى النقود من دابة أو غيرها . قال : ـ والعرض بفتح الراء ـ حطام الدنيا ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس الغنى عن كثرة العرض ، وإنما الغنى غنى النفس » وقوله صلى الله عليه وسلم : « يبيع أقوام دينهم بعرض من الدنيا » وقوله تعالى : « تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » (١)

أما حديث أبى جمرة عن ابن عباس فقد أخرجه الأثرم والخلال .

أما لغات الفصل وغريب الحديث ، فالشركة بكسر الشين وسكون الراء ، وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء . وذكر صاحب الفتح فيها أربع لغات فتح الشين وكسر الراء ، وكسر الشين وسكون الراء . وقد تحذف الهاء مع كسر أوله . وقد تحذف مع فتح أوله فهى تأتى على وزن نعمة وسرقة وتمرة هكذا فى أول كتاب الشركة من المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين بن مفلح الحنبلى .

قوله « أنا ثالث الشريكين » المراد أن الله جل جلاله يضع البركة

---

(١) الآية ٦٧ من سورة الانفال .

للشريكين فى مالهما مع عدم الخيانة ويمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لمالهما .

قوله « خرجت من بينهما » أى نزعت البركة من المال . زاد رزين « وجاء الشيطان » ورواية الدارقطنى « فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » يعنى البركة .

والشركة ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوع . وعن السائب ابن أبى السائب المخزومى أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم يوم الفتح . « كنت شريكى ونعم الشريك ، كنت لا تدارينى ولا تمارينى » رواه أبو داود وابن ماجه بلفظ « كنت شريكى ونعم الشريك ، لا تدارى ولا تمارى » .

وفى لفظ « أن السائب المخزومى كان شريك النبى صلى الله عليه وسلم قبل البعثة فجاء يوم الفتح فقال : « مرحباً بأخى وشريكى ، لا تدارى ولا تمارى » وفى لفظ أن السائب قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فجعلوا يثنون علىّ ويذكروننى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أعلمكم به . فقلت : صدقت بأبى أنت وأمى ، كنت شريكى فنعم الشريك لا تدارى ولا تمارى » .

ورواه أحمد فى مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبى صلى الله عليه وسلم « شاركه قبل الإسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : مرحباً بأخى وشريكى كان لا يدارى ولا يمارى ، يا سائب قد كنت تعمل أعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك ، وهى اليوم تقبل منك » وكان ذا سلف وصدقة . ا هـ قال السهيلى فى « الروض الأنف » : حديث السائب : « كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى » كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب ، ومنهم من يرويه عن السائب بن أبى السائب ، ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ، وهذا لا يثبت به شىء ، ولا تقوم به حجة ، والسائب بن أبى السائب من المؤلفة

قلوبهم ، وممن حسن إسلامه منهم . واضطرب متنه أيضاً فمنهم من يجعله من قول النبى صلى الله عليه وسلم فى أبى السائب ومنهم من يجعله من قول أبى السائب فى النبى صلى الله عليه وسلم . انتهى كلامه .

قال ابراهيم الحربى فى كتابه « غريب الحديث » : إن تدارى ــ مهموز من المداراة وهى المدافعة ، وتمارى ــ غيرمهموز من المماراة وهى المجادلة . ا هـ

وبالجملة فإن « لا تدارى » أى لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى : « فادَّارأتم فيها » يعنى اختلفتم وتنازعتم . ومن الشركة الغنيمة أزال الله ملك المشركين عنها كخيبر فملكها المسلمون فكانوا فيها شركاء فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أجزاء ثم أقرع بينها وأخرج منها خمساً لله صرفه لأهله ، وأربعة أخماسها لأهلها قال المزنى وفى ذلك دليل على قسم الأموال والضرب عليها بالسهام .

اما احكام الفصل فإن الأصل فى جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « واعلموا أن ما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول » [1] الآية فجعل ما بعد الخمس مشتركا بين الغانمين .

وقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [2] فجعل الميراث مشتركا بين الأولاد ، وقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » [3] الآية . فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الأصناف . وقوله تعالى : « وإن كثيراً من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض » [4] والخلطاء هم الشركاء .

وأما السنة فقد مضى بعضها ، ونضيف أن النبى صلى الله عليه وسلم

(١) من الآية ٤١ من سورة الأنفال .
(٢) من الآية ١١ من سورة النساء .
(٣) من الآية ٦٠ من سورة التوبة .
(٤) من الآية ٢٤ من سورة ص .

قال : « من كان له شريك فى ربع أو حائط فلا يبعه حتى يؤذن شريكه » وقد سبق تخريجه وطرقه عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما . وأما أثر أبى جمرة عن ابن عباس : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانيا ولا مجوسياً ، قلت : لم ؟ قال : لأنهم يربون » فأبو جمرة هـو نصر بن عمـران الضـبعى صاحب ابن عباس ، والأثر رواه الأثرم ، وقد روى الخلال بإسناده عن عطاء قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودى والنصرانى ، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » .

وقال جابر رضى الله عنه « اشتركنا كل سبعة فى بدنة » أخرجه مسلم وعن أبى موسى رضى الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم : « إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم ثم وضعوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم منى وأنا منهم » متفق عليه .

وأما الاجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى جوازها .

اذا ثبت هذا فإن كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع ، يقال : هو مشترك ، وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال وإنما يتعلق بحقوق الأبدان ، كالقصاص وحد القذف ، ومنفعة كلب الصيد ونحوه .

وإلى متعلق بمال ، وذلك إما عين مال ومنفعته ، كما لو غنموا مالا أو ورثوه ، أو اشتروه ، وإما مجرد منفعة كما لو استأجروا سيارة ، أو وصَّى لهم بمنفعتها ، وإما مجرد العين ، كما لو ورثوا سيارة موصًّى بمنافعها ، وإما حق يتوصل به إلى مال ، كالشفعة الثابتة لجماعة والشركة قد تحـدث بلا اختيار كالإرث ، وباختيار كالشراء ، وهذا مقصود الكتاب .

فـــرع ذكرنا فيما مضى كراهة مشاركة اليهودى والنصرانى إلا أن يكون البيع والشراء بيد المسلم ، لأن علة الكراهة تعاطى الربا وبيع الخمر والخنزير ، وهى أمور تنتفى بحضور المسلم أو وليه . وتجـوز الشركة فى التجارة لما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة

بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه » ويكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما معاً وقال الحسن رضى الله عنه : « وإن كان المسلم هو المتصرف لم يكره ، وإن كان الكافر هو المتصرف أو هما معاً كره » .

دليلنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « أكره أن يشارك المسلم اليهودى والنصرانى » ولا مخالف له ، ولأنهم لا يمتنعون من الربا ومن بيع الخمر ، ولا يؤمن أن يكون ماله الذى عقد عليه الشركة من ذلك فكره ، فإن عقد الشركة معه صح ، لأن الظاهر مما فى أيديهم أنه ملكهم ، وقد اقترض النبى صلى الله عليه وسلم من يهودى شعيراً ورهنه درعه ، وقال أحمد : يشارك اليهودى والنصرانى ولكن لا يخلوان به ، ويخلو به المسلم وحديث الأثرم فيه إرسال ، وخبر ابن عباس موقوف عليه .

عقد الشركة عند أبى حنيفة

قال الحنفية : إن عقد الشركة له ركن واحد هو الايجاب والقبول ، لأنه هو الذى يتحقق به العقد ، وأما غيره من العاقدين والمال فهو خارج عن ماهية العقد كما تقدم فى البيع ، وصفة الايجاب أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت ولا فرق فى ذلك بين أن يذكر له نوعاً خاصا كأن يقول له : شاركتك فى القمح أو القطن أو يذكر له شيئاً عاما ، كأن يقول له : شاركتك فى عموم أنواع التجارة ، وإذا لم يذكرا لفظ الشركة بأن قال أحدهما ما اشتريت اليوم من أصناف التجارة فهو بينى وبينك ، فقبل صاحبه فإنه يكون شركة .

ولكن ليس لأحدهما أن يبيع بدون إذن صاحبه لأنهما قد اشتركا فى الشراء ولم يشتركا فى البيع فلا يصح لأحدهما أن يتصرف بدون إذن الآخر .

ومثل ذلك ما إذا أقته بوقت كأن قال له : ما اشتريت اليوم أو هـذا الشهر فهو بينى وبينك .

ولا يشترط فى الايجاب والقبول أن يكونا باللفظ ، فإذا دفع له ألفاً وقال له : أخرج مثلها واشتر تجارة والربح سيكون بيننا فأخذها وفعل بدون أن يتكلم انعقدت الشركة وكيفية كتابة الشركة أن يقال :

(هذا ما اشـترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ، وعلى رأس مال قدره كذا يدفعه فلان ورأس مال قدره كذا يدفعه صاحبه ، وذلك كله فى أيديهما يشتريان به ويبيعـان مجتمعين ومنفردين ، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد وبالتأجيل ، فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رءوس أموالهما ، وما كان من خسر أو تبعة فهو كذلك ثم يكتب التاريخ) .

هذا هو النص الكامل لكتابة عقد الشركة ، وإن كان بعضه غير لازم مثل التنصيص على أن كلا منهما يبيع بالنقد وإلى أجـل لأن ذلك يملكه بمجرد العقد ، نعم بعضهم يقول : إنه يحتاج إلى إذن ولكنه ضعيف ، ثم إن اشتراط الربح متفاوتاً صحيح فلا يلزم أن يقول : وما كان من ربح فهو بيننا على قدر رأس مالهما إلا إذا صادف ذلك اتفاقهما ولهما أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما من الربح أقل من رأس ماله ، فإن كان ذلك فلينص عليه .

أما الخسارة فإنه يجب أن تكون بنسبة رأس المال ، فإذا اشترط أن يكون على أحدهما أكبر من نسبة رأس ماله فسد العقد . ا هـ الفقه على المذاهب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح ، فأما ما سواهما من العروض فضربان ، ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل ، فأما ما لا مثل له

كالحيوان والنبات فلا يجوز عقد الشركة عليها لانه قد تزيد قيمة احدهما دون الآخر ، فان جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه افردنا احدهما بالربح ، والشركة معقودة على الاشتراك فى الربح وان جعلنا الربح بينهما اعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز .

واما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز عقد الشركة عليه ، وعليه نص فى البويطي لانه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالنبات والحيوان .

(والثانى) يجوز ، وهو قول ابى اسحاق لانه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان ، وان لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر ، فيصير الجميع مشتركاً بينهما ، ويشتركان فى ربحه » .

الشرح الأحكام . قال المزني : والذى يشبه قول الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الشركة فى العروض ولا فيما يرجع فى حال المفاضلة إلى القيم ولتغير الأثمان . وجملة ذلك أن عقد الشركة يصح على الدراهم والدنانير لأنها قيم المتلفات ومعايير الأثمان ، وبها تعرف قيم الأموال وما يزيد فيها من الأرباح ، وممن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمد كما نص عليه هو فى رواية أبى طالب وحرب ، وحكاه عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها . فأما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع إليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح .

وأما قيمتها فإنها غير متحققة القدر فيفضى إلى التنازع ، وقد يقوم الشىء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له .

وأما الأثمان فإنها معدومة حال العقد ولا يملكانها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع . وإن أراد ثمنها الذى

يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ، ولا يجوز ذلك .

وقد فرق أصحابنا بين ماله وبين مالا مثل له فأما مالا مثل له كالنبات والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركة عليها ، وبه قال من مضى ذكرهم، وقال مالك : يصح عقد الشركة عليها ويكون رأس المال قيمتها .

دليلنا : أن موضع الشركة على أن لا ينفرد أحد الشريكين بربح مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك ، لأنه قد يزيد قيمة عرض أحدهما ، ولا يزيد قيمة عرض الآخر ، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاصلة ، وهذا لا سبيل إليه فإن كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأرادا الشركة ، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقابضان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف وإن كانت قيمة إحداهما مائتين وقيمة الأخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلثى عربة الآخر ، وإن شاء باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن فى ذمته ثم تقاصا ، وإن شاء اشتريا عرضاً من رجلين بثمن فى ذمتهما ثم دفعا عرضهما عما فى ذمتهما .

وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ، فهل يصح عقد الشركة فيها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر ما نقله المزنى ، لأنه قال : ولا فيما يرجع حال المفاصلة إلى القيم ، وماله مثل لا يرجع إلى قيمته ولأنهما مالان إذا خلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير .

(والثانى) لا يجوز ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال فى البويطى : ولا يجوز الشركة فى العروض ، وما له مثل من العروض ، ولأنها شركة على عروض فلم يصح كالنبات والحيوان .

قال أبو إسحاق المروزى فى الشرح : فإذا قلنا : تصح الشركة فيها

ـ فإن كانت قيمتهما سواء ـ أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة واقتسما ما بقى من الربح ، وإن كانت قيمتهما مختلفة مثل أن كانت حنطة أحدهما جيدة وحنطة الآخر مسوسة كان لكل واحد منهما قيمة حنطته يوم الشركة واقتسما ما بقى من الربح .

فـــرع في كلام النووى فى الروضة :

تجوز الشركة فى النقدين قطعاً ولا تجوز فى المتقـومات قطعـاً ، وفى المثليات قولان . ويقال : وجهان (أظهرهما) الجواز ، والمـراد بالنقـدين الدراهم والدنانير المضروبة ، أما التبر والحلى والسـبائك فأطلقـوا منع الشركة فيها ، ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلى أم لا ؟ وفيه خلاف يأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الغصب ، فإن جعلناه متقوماً لم تجز الشركة ، وإلا فعلى الخلاف فى المثلى .

وأما الدراهم المغشوشة فقال الرويانى : لا تصح الشركة فيها . وحكى فى (التتمة) فى صحة القراض عليها خلافاً مبنيا على جواز المعاملة بهـا ، إن جوزناها فقد ألحقنا المغشوش بالخالص ، وإلا فلا .

فإذا جاء فى القراض خلاف ففى الشركة أولى . وقال صاحب (العدة) : الفتوى جواز الشركة فيها إن استمر فى البلد رواجها .

(قلت) : هذا المنقول عن (العدة) هو الأصح ، وأما قوله : أطلقوا منع الشركة فى التبر إلى آخره فعجب ، فإن صاحب التتمة حكى فى انعقـاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالمثلى ، والمراد بصاحب (العدة) هنـا أبو المكارم الرويانى . ثم ما ذكرنا فى المسألة من منع الشركة وجوازها ، المراد به : إذا أخرج هذا قدراً من ماله ، وذاك قدراً وجعلاهما رأس مال . وتتصور الشركة على غير هذا الوجه فى جميع الأموال .

فرع فى مذاهب العلماء فيما تصح به الشركة

مذهبنا أن الشركة لها أربعة أركان : صيغة وشريكان ومال ، ويتعلق بكل منها شروط :

فيشترط فى الصيغة أن تشتمل على ما يفيد الإذن بالتصرف لمن يتصرف منهما بالبيع والشراء ونحوهما ، فإن كان التصرف من أحدهما يلزم أن تكون الصيغة مشتملة على ما يدل على إذن الآخر إياه بالتصرف ، وان كان التصرف منهما معاً لزم أن تشتمل على إذن كل واحد لصاحبه ، وذلك كأن يقول كل منهما لصاحبه جعلنا هذا المال شركة وأذنتك بالتصرف فيه على سبيل التجارة بيعاً وشراء فيقول الآخر قبلت ولا يكفى اشتركنا فقط بل لابد من التصريح بما يدل على الإذن المذكور .

وأما الشريكان فيشترط فى كل منهما الرشد والبلوغ والحرية ، فلا يصح عقد الشركة من سفيه أو مجنون أو صبى أو رقيق غير مأذون كذلك لا يصح من مكره أو فضولى ويصح من أعمى على أن يكون المتصرف غيره ويوكل عنه فى القبض بشرط أن يكون أهلا لأن يوكل عنه غيره بأن يكون رشيداً بالغاً .

وأما رأس المال فيشترط له أمور :

(أولا) أن يكون مثليا ، والمراد بالمثل ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز فيه السلم كالنقدين من الذهب والفضة فإنهما يحصران بالوزن وكالحنطة والشعير فإنه لا يصح أن يجعل رأس المال إلا إذا باع أحدهما بعض تجارته ببعض تجارة صاحبه بطريق الشيوع ، ثم يأذن كل واحد منهما صاحبه بالتصرف على سبيل التجارة ، وبذلك يصح جعل عرض التجارة رأس مال سواء اتحد جنسه أم اختلف .

(ثانيا) اختلاط المالين قبل العقد بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر . أما خلطهما بعد وقوع العقد فقيل يصح ، وقيل : يمتنع ، وعلى الثانى فإنه يلزم الشريكين إعادة الصيغة .

(ثالثـاً) يشترط اتحاد ما يخرجه كل واحد من المال بعضه فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً والآخر فضة ، وبالعكس . وكذلك لا يصح أن يخرج أحدهما فضة من ذات العشرة ويخرج الآخر من ذات الخمسة ، إلا إذا ملكا مالا مختلفا بطريق الهبة أو طريق الميراث فإنه لا يشترط اتحاده ، وإنمـا الشرط أن يأذن كل واحد منهما صاحبه فى التصرف بطريق التجارة .

ولا يشترط التساوى فى رأس المال ولا فى العمل على المعتمد ، فيصح أن يكون رأس مال صاحبه ويكون عمله الذى يقابل زيادة نصيبه من المال تبرعاً منه لا يستحق عليه شيئاً . نعم يشترط أن يقسم الربح والخسارة على قدر المالين سواء تساوى الشريكان فى العمل أو تفاوتا ، فإذا دفع أحدهما مائة ودفع الآخر خمسين لزم أن يأخذ الثانى ثلث الربح ، فإن اشـترط أقل من ذلك أو أكثر فسد العقد ، ورجع كل واحد منهما بأجرة عمل مثله فى ماله فاذا كانا متساويين فى مال صاحبه مقابل عمل الآخر فى ماله ويكون ذلك مفاوضة .

(اما الحنفية) فإنهم قالوا : يشترط للشركة بجميـع أنواعها أمـران :

(الأول) وهو متعلق بالمعقود عليـه ، وهو أن يكون ــ أعنى المعقود عليه ــ قابلا للوكالة فيه ، فإذا تعاهد اثنان مثلا على أن يشتركا فى الاصطياد أو الاحتطاب أو فى جمع الحشائش المباحة وبيعها فإن العقد لا يصح لأن هذه الأشياء مباحة ، فلا ينعقد فيها التوكيل لأن ملكها يثبت لمن يباشرها ، فمن جمع حطباً مباحاً أو صاد سمكاً أو غزالا أو غير ذلك فإنه يملكه بمجرد الحصول عليه ، فليس لغيره ملك فيه حتى يتصور أن يوكله فى التصرف فيما يملكه منه .

(الأمر الثانى) وهو متعلق بالربح أن يكون الربح جزءاً شـائعاً معلوماً كالنصف أو الثلث أو نحوهما ، فإن كان الربح مجهولا أو معيناً بعدد فإن العقد يفسد ، فإذا قال أحدهما شاركتك ولك جزء من الربح ولم يعين أو قال : ولك عشرون ديناراً من الربح فإنه يفسد ، أما الأول فلأن الجهالة فى الربح توجب

النزاع ، وأما الثانى فلأن تعيين عدد معين من الربح يقطع الشركة إذ ربما لا يربح سوى هذا المبلغ فيأخــذه أحــد الشريكين المشروط له ، ويكون الثانى شريكاً فيه فتنقطع الشركة حينئذ .

(اما المالكيــة) فقد جعلوا الشروط التى تتعلق بالعاقدين ثلاثة : الحرية فلا تصح بين رقيق وحر ولا بين عبدين إلا إذا كان مأذوناً له فى التجــارة فإنه يصح عقده والمال لسيده ، والرشد فلا تصح بين سفيهين أو ســـفيه ورشيد ، والبلوغ فلا تصح من صبيين ولا من صبى وبالغ ، فإذا اشترك صبى مع بالغ فلا ضمان على الصبى ، ومثل ذلك ما إذا اشــترك سفيه مع عاقل فإنه لا ضمان على السفيه ومثلهما العبد مع الحر . وهــذه الشروط هى شروط صحة الوكالة ، إذ لا يصح لشخص أن يوكل غيره أو يتوكل عن غيره إلا إذا كان حرا بالغاً رشيداً وأما الصيغة فشرطها أن تكون بما يدل على الشركة عرفاً سواء كان بالقول أو بالفعل .

ومثال القول : أن يقول كل منهما اشتركنا على كذا ، أو يقول أحدهما ويسكت الآخر راضياً ، أو يقول أحدهما : شاركنى ويرضى الآخر .

ومثال الفعل : أن يخلط كل منهما ماله بمال صاحبه ويتجــرا ، ومتى تحققت الصيغة بالقول أو الفعل لزم عقد الشركة ، وإذا أراد أحدهما أن ينفصل عن صاحبه قبل خلط المالين وامتنع الآخر فليس للأول حق الانفصال إلا إذا بيعت السلع التى اشتراها وظهر رأس المال .

وأما رأس المال فإنه يصح بأحوال ثلاثة : أحدها : النقدان من الذهب والفضة وهذا يشترط فيه ثلاثة أمور :

(الأول) أن يتحد ما يدفعه أحدهما بما يدفعه الآخر فى الجنس ، بأن يخرج ذهباً والآخر ذهباً مثله ، أو يخرج أحدهما ذهباً وفضة والآخــر كذلك ، فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهبا فقط والآخر فضة ، فإن فعلا فلكل منهما رأس ماله ويقسمان الربح لكل عشرة واحد .

(**الثـــانى**) أن يتحد المالان فى الصرف والوزن والجودة أو الرداءة ، فلا يصح أن يختلفا فى الصرف كأن يصرف جنيه أحدهما بخمسة وتســعين وجنيه الآخر بتسعين مع اتحادهما فى الوزن ، لأنهما إن اتفقا على الزيادة فقد تفاوتا فى رأس المال ، لأن أحدهما فى هذه يدفع أكثر من صاحبه ، ولم يحسب له ما دفعه ، والتفاوت مفسد للشركة ، وإن اتفقا على حسبان الزيادة ترتب على ذلك عدم اعتبار الوزن فى صرف الذهب بالذهب أو الفضة بالفضـــة وهو ممنوع .

وكذلك لا يصح أن يختلفا فى الوزن لما عرفت . أما اختلافهما فى الجودة والرداءة بأن كان أحدهما جيداً والآخر رديئاً فإنه لا يصح ، لأن قيمة الجيد أزيد من قيمة الردىء طبعاً فإن اتفقا على إلغاء تلك الزيادة وقع التفاوت المفسد للشركة وإن اتفقا على حسبان الزيادة فقد اتفقا على إلغاء الوزن ، وإلغاء الوزن فى عيار الذهب والفضة ممنوع .

(**الأمر الثالث**) أن يكون رأس مال الشركة من النقــدين حاضراً ، فإذا اشتركا على مال غائب فإنه لا يصح ، أما إذا كان مال أحدهما حاضراً ومال الآخر غائباً فإن كانت غيبته بعيدة بحيث لا يمكن إحضاره فى مسافة يومين فإن الشركة لا تصح .

وإذا كان بعض مال أحدهما غائباً وبعضه حاضراً كأن كان معه ألف منها خمسمائة بيده ، والباقى مودع فى مكان ثم اشتركا على الألف ، فإنه ينبغى تأجيل العمل حتى تحضر الخمسمائة فى مسافة قريبة ، فإن عملا قبل ذلك كان لصاحب الخمسمائة نصيبه من الربح بنسبة ذلك وهو الثلث فقط .

(**الحال الثانى**) أن يكون رأس المال عيناً من أحدهما وعرض تجارة من الآخر كأن يدفع أحدهما نقداً من ذهب أو فضة ويدفع الآخر سلعة من ثياب أو طعام أو قطن .

(**الحال الثالث**) أن يكون رأس المال عرض تجارة من الشريكين ، كأن يدفع أحدهما قطناً والآخر ثياباً أو شعيراً أو أرزاً أو يدفع أحدهما قطناً

والآخر قطنا مثله إذ لا فرق بين أن يكون رأس المال من العرض متحد الجنس أو مختلفه ، إلا أنه لا يصح أن يكون رأس المال من كل منهما طعاماً فلا يصح أن يدفع كل واحد قمحاً أو شعيراً ، وإنما جازت فى صورة ما إذا كان مال أحدهما طعاماً والآخر نقداً ، أو عرض تجارة تغليباً لجانب النقد وعرض التجارة على الطعام .

وعلى كل حال فيشترط فى جعل رأس المال عرض تجارة أن يقوم رأس المال وتعتبر الشركة فيه بالقيمة ، ثم إن كان عرض التجارة معدوداً أو مكيلا أو موزوناً فتعتبر قيمته بعد بيعه وقبضه لأنه إنما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض ، فتعتبر قيمته يوم قبضه ، ومثل ذلك العرض الغائب غيبة قريبة ، فإن قيمته تعتبر يوم قبضه ، وأما غير ذلك فتعتبر قيمته يوم عقد الشركة .

وأما الربح والخسارة فإنه يشترط فيهما أن يكونا بحسب نسبة المال ، فلا يصح لأحدهما أن يأخذ أكثر من نسبة رأس ماله الذى دفعه .

ومثل الربح العمل فعلى كل منهما أن يعمل بنسبة رأس ماله ، فإن اشترطا التفاوت فى الربح أو العمل بطلت الشركة فإذا لم يشرعا فى العمل وظهر بطلان الشركة بذلك فسخ العقد ، فإذا عملا فى المال واتضح البطلان بعد العمل قسم الربح بينهما على قدر رأس المال الذى دفعه كل منهما .

فإذا كان لأحدهما ثلث المال وللآخر الثلثان واشتركا على أن يكون لصاحب ثلث المال نصف الربح ولصاحب الثلثين النصف الآخر فإن لصاحب الثلثين الرجوع على صاحب الثلث بالسدس الزائد على مقدار رأس ماله ولصاحب الثلث الرجوع على صاحب الثلثين بأجر عمله الذى يقابله سدس الربح الذى زيد له وهو سدس أجرة العمل كله .

(**أما الحنابلة**) فقد قسموا الشروط فى الشركة إلى ثلاثة أقسام :

(**الاول**) شروط صحيحة لا يترتب عليها ضرر ، ولا يتوقف العقد عليها ، كما إذا اشترطا أن لا يبيعا إلا بكذا ، وأن لا يتجرا فى مكان كذا أو أن لا يسافرا بالمال ونحو ذلك ، فهذا كله صحيح لا ضرر فيه .

(الثـانى) شروط فاسدة لا يقتضيها العقد كاشتراط عـدم فسـخ الشركة مدة سنة مثلا أو أن لا يبيـع إلا برأس المال أو أن لا يبيـع ممن اشترى منه ونحو ذلك فهذه الشروط لا يترتب عليها فساد العقد ولا يعمل بهـا .

(الثالث) الشروط التى يتوقف عليها صحة العقد وهى أمور :

(منها) أن يكون المالان معلومين للشريكين ، ومنهـا حضـور المالين فلا تصح بمال غائب أو فى الذمة كالمضاربة .

(ومنها) أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح معلوما مشاعاً كالنصف والثلث ونحوهما .

(ومنها) شروط سنذكرها فى المضاربة إن شاء الله تعالى .

وأما تفاصيل الأحكام عندهم فيذكرها صاحب (المبدع فى شرح المقنع) الامام العلامة برهان الدين بن مفلح الحنبلى رحمه الله تعالى ويستفاد منه أن الشركة نوعان شركة على أملاك ، وشركة عقود وهذه الأخيرة على خمسـة أضرب ، ويعتبر لسائر أنواعهـا أن يكون جائز التصرف ، لأنه عقـد على التصرف فى المال ، فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع .

(الضرب الأول شركة العنان) سميت بذلك لأن الشريكين فيها متساويان فى المال والتصرف ، كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما ، وتساويا فى السير . وقال الفراء : هى مشتقة من : عنّ الشىء إذا عرض ، يقال : عنت لى حاجة إذا عرضت ، لأن كلا منهما قد عن له ، أى عرض له مشاركة صاحبه ، وقيل : هى مأخوذة من : عانه ، إذا عارضه فكل منهما عارض صاحبه بمثل ماله وعماله . وقوله فى الشرح : إنه راجع إلى قول الفراء ليس بظاهر (وهى) جائزة إجماعاً . ذكره ابن المنذر ، وإن اختلفت فى بعض شروطها (أن يشترك اثنان) فما فوقهما سواء كانا مسلمين أو أحدهما ، ولا تكره مشاركة كتابى إن ولى المسلم التصرف ، نص عليه « لنهيه عليه الصلاة والسلام عن مشاركة

اليهودى والنصرانى إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » رواه الخلال بإسناده عن عطاء ، وكرهه الأزجى وروى عن ابن عباس ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، لأن أموالهم ليست بطيبة ، لأنهم يبيعون الخمر ويتبايعون بالربا ، وكالمجوس ، نص عليه واشتراكهما بماليهما المعلومين سواء كان المالان متساويين قدراً وجنساً وصفة أو لا ، ويعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل ، وتحقيق الشركة إذن كمضاربة .

ولو اشتركا فى مختلط بينهما شائعاً صح ، إن علما قدر ما لكل منهما ، وهذا القيد أخرج المضاربة ، لأن المال فيها من جانب ، والعمل من آخر بخلافها لكونها تجمع مالا وعملا من كل جانب بدليل قوله ــ يعنى صاحب المقنع ــ (ليعملا فيه ببدنيهما) والأصح أو أحدهما ، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله وبقدره إبضاع وبدونه لا يصح ، وفيه وجه (وربحه لهما) لأنه نماء ملكهما وعملهما متساوياً ومتفاضلا على ما شرطاه ، لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى كالمضارب .

فينفذ تصرف كل واحد منهما بحكم الملك فى نصيبه ، والوكالة فى نصيب شريكه ، لأنه متصرف بجهة الإذن ، فهو كالوكالة ، ودل أن لفظ الشركة يغنى عن إذن صريح فى التصرف ، وهذا هو الأصح ، والمعمول به عند عامة أصحابهم .

ولا تصح إلا بشرطين أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير ، فتصح بغير خلاف إذا كانت غير مغشوشة ، لأنها قيم الأموال ، وأثمان البياعات ، ولم يزل الناس يشتركون فيها فى كل عصر من غير نكير ، فلا تصح بالعروض على المذهب ، لأن الشركة بها إما أن تقع على أعيانها ، أو على قيمتها أو على ثمنها ، وكل ذلك لا يجوز .

(أما الأول) فلأن العقد يقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له ، فيرجع به .

(وأما الثانى) فلأن القيمة قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح ، وقد

تنقص بحيث يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ، مع أن القيمة غير متحققة المقدار ، فيفضى إلى التنازع .

(وأما الثالث) فلأن الثمن معدوم حال العقد ، ولا يملكانها ، لأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن ملكه ، وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهى بيع الأعيان . وعن أحمد تصح بالعروض . أختاره أبو بكر وأبو الخطاب لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما فى المالين جميعاً ، وكون الربح بينهما ، وهـذا يحصـل فى العروض من غير غرر ، كما يحصل فى الأثمان ، ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل ، كما أنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها ، وسواء كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب أولا ، وعن أحمد : يصح بكل عرض متقوم ، وقيل : مثلى .

وهل تصح بالمغشوش والفلوس ؟ على وجهين . وبناهما على القـول بأنها لا تصح إلا بنقد ، وقيدهما فى الفروع بالنافقتين . وفى (الترغيب) وهو من كتب المذهب فى فلوس نافقة روايتان :

(إحداهما) وهو المذهب أنها لا تصح ، لأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله ، والفلوس تزيد قيمتها وتنقص ، أشـبهت العـروض ، ويستثنى منه الغش اليسير لمصلحته ، كحبة فضة فى دينار . ذكره فى المغنى والشرح ، لأنه لا يمكن التحرز منه .

(والثانية) يصح ، لأن الغش يستهلك فى المغشوش والفلوس بشـبهة الثمن . قال أحمد : (لا أرى السلم فى الفلوس لأنه يشبه الصرف) وظاهره لا فرق بين أن تكون كاسدة أو رابحة ، لأنها إن كانت كاسدة كان رأس المال قيمتهـا كالعروض ، وإن كانت نافقـة كان رأس المال مثلهـا ، وكذا المغشوش ، وفى ثالث : إن كانت الفلوس نافقة جاز لشبهها بالنقدين .

(الثانى) أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالثلث والربع ، لأن الربح مسـتحق لهما بحسب الاشـتراط ، فلم يكن بـد من

اشتراطه كالمضاربة ، واشترط كونه مشاعاً ، لأنه لو عين دراهم معلومة ، احتمل أن لا يربح غيرها ، فيأخذ جميع الربح ، واحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له ، واشترط كونه معلوماً ، لأن الجهل به يفضى إلى التنازع ، وهو بينهما على ما شرطاه ، لأن العمل يستحق به الربح كالمضاربة ، وقد يتفاضلان فيه لقوة حذقه ، فإن قالا : الربح بيننا فهو بينهما نصفين ، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح فاقتضى التسوية ، كقوله : هذه الدار بينى وبينك فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة ، لأنه المقصود من الشركة ، فلا يجوز الإخلال به ، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين . أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولا فكذلك ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب ، ولأنه هو المقصود منها فلم يصح مع الجهالة كالثمن . لكن لو قال : لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه ، صح . أو دراهم معلومة لم يصح لما ذكرنا ، ولأن العامل ينبغى أن تكون حصته معلومة القدر ، فإذا جهلت الأجزاء فسدت . وكذلك لو جعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم ، وحكاه ابن المنذر فى القراض إجماع من يحفظ عنه فيما إذا جعلا أو لأحدهما دراهم معلومة ، فلو قال : لك نصف الربح إلا عشرة دراهم ، بطلت لزيادتها . أو ربح أحد الثوبين ،أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته فى شهر أو عام بعينه ، لم يصح . لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره ، أو بالعكس ، فيختص أحدهما بالربح ، وهو مخالف لموضوع الشركة بغير خلاف نعلمه ، وكذلك الحكم فى المساقاة والمزارعة قياساً على الشركة .

ولا يشترط أن يخلطا المالين لأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه ذلك كالمضاربة ، ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه الخلط كالوكالة . ولا أن يكونا من جنس واحد . فيجوز لأحدهما أن يخرج دنانير ، والآخر دراهم ، لأنهما من الأثمان ، فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، فإذا اقتسما رجع كل واحد بماله ، ثم يقتسمان الفضل . نص عليه وذكره عن محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة ، ولا يشترط تساويهما فى القدر — وهذا قول الجمهور — وقال القاضى : متى تفاضلا ، قوما المتاع بنقد

البلد ، وقوما مال الآخر به ، ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ، وزد بأنها شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان جنساً واحداً .

وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة ، فهو بينهما لأن العقد وقع على ذلك ، ولأنه أمينه ووكيله ، وفى كتاب (الشرح) من شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف ، والأصح لا يشترط ، فإن اشتراه لنفسه فهو له لأنه أعلم بنيته ، وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما بعد الخلط اتفاقاً ، وكذا قبله على الأشهر ، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد ، فكذا فى الضمان ، وكنمائه لصحة القسمة بالكلام كخرص ثمار ، فكذا الشركة ، احتج به أحمد قاله الشيخ تقى الدين ـ يعنى ابن تيمية رحمه الله ـ وعنه : من ضمان صاحبه والوضيعة ـ أى الخسران ـ على قدر المال بالحساب ، لأنها عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره ، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان أو غير ذلك ، ومقتضاه أنه لا شىء على العامل فى المضاربة بل هى مختصة بملك ربه كالمزارعة .

قال الشيخ برهان الدين بن مفلح رحمه الله تعالى

فصـــل

ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ـ أى حالا ـ ويشترى مساومة ومرابحة وغيرهما ، لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل ، فملكهما كالوكيل ، ويقبض ويُقْبِضُ ، لأنه مؤتمن فى ذلك فملكهما بخلاف الوكيل فى قبض الثمن ، فإنه قد لا يأتمنه .

ويطالب بالدين ويخاصم فيه ، لأن من ملك قبض شىء ملك المطالبة والمخاصمة فيه ، بدليل ما لو وكله فى دينه ، ويحيل ويحتال ، لأنهما عقد معاوضة وهو يملكها ويرد بالعيب سواء وليه هو أو صاحبه ، لأن الوكيل يرد به ، فالشريك أولى ، وظاهره رضى ولو رضى به شريكه ، ويقر به ـ أى

بالعيب ، كما يقبل إقرار الوكيل على موكله به ، نص عليه ، فإذا ردت عليه بعيب خير بين قبولها أو إعطاء أرش العيب ، أو يحط من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب ، ويقايل ، لأن الحظ قد يكون فيها ـ أعنى المقايلة ـ وظاهره مطلقاً وهو الأصح ، فى الشرح الكبير لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن له فيه ، وإن كانت فسخاً ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة ، فملكه كالرد بالعيب ، وصحح فى (المغنى) وغيره أنها فسخ ، فلا يملكها لأنه ليس من التجارة ، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما ، لأن مبناها على الوكالة والأمانة ، فيقبل إقرارة بالثمن أو بعضه أو أجرة المنادى أو الحمال ، لأن هذا عادة التجار ، وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر ، لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان ، فصار كالشراء والبيع ، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما لأن حقوق العقد لا تختص بالعاقد .

وليس له أن يكاتب الرقيق ، لأنه لم يأذن فيه شريكه ، والشركة تنعقد على التجارة ، وليست منها ، ولا يزوجه لما ذكرنا ، سيما وتزويج العبد ضرر محض ، ولا يعتقه بمال ولا غيره ، ولا يهب ـ نقل حنبل : يتبرع ببعض الثمن لمصلحته . ولا يقرض ـ وظاهره ولو برهن ـ ولا يحابى ، لأن الشركة انعقدت على التجارة ، وهذه ليست منها .

ولا يضارب بالمال لأن ذلك يثبت فى المال حقوقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، وفيه تخريج من توكيله ، ولا أجرة للثانى على ربه ، وعنه : بلى ، وقيل : على الأول مع جهله لدفع غاصب ومع علمه لا شىء له وربحه لربه . وعلى الأول كما لا يجوز له خلط مال الشركة بماله ولا مال غيره ، لأنه يتضمن إيجاب حقوق فى المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . وعنه : يجوز بمال نفسه لأنه مأمور فيدخل فيما أذن فيه . ذكره القاضى . ولا يأخذ به سفتجة ، لأن فيها خطراً ، ومعناه : أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة ، ويأخذ منه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه المال ، ولا يعطيها بأن يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك إلا بإذن شريكه ، لأنه يصير من التجارة المأذون فيها وهو راجع إلى

الكتابة وما بعدها ، والصواب الصحة مطلقاً فيهما لمصلحة لخوف الطريق ونحوه فى الأولى .

(فائـدة) ما يخرجه الشريك على المال من الشيل والحط ، والعشر والخفارة ، وما يتعلق بالبذرقة ــ يعنى الخفارة أو الجماعة أما القافلة لتؤمن الطريق من العدو وهى معربة من الفارسية ــ يحتسب به على شريكه . قاله فى الفصول . وهل له أن يودع أو يبيع نَساء أو يبضع ، أو يوكل فيما يتولى مثله أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين ، وفيه مسائل :

(الأولى) فى الإيداع وفيه روايتان ، إحداهما : له ذلك ، جزم به فى الوجيز وصححه فى الشرح ، وزاد عند الحاجة إليه ، لأنه عادة التجار .
والثانية : وهى أصح الوجهين فى المحرر : المنع لأنها ليست من الشركة ، وفيه غرر .

(الثانية) فى البيع إلى أجل وهو يخرج على الروايتين فى الوكيل ، وقد تقدم . فإن اشترى شيئاً ينقد عنده مثله ، أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشىء من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز ، وإلا فالشراء له خاصة ، وربحه له وضمانه عليه .

(الثالثة) فى الإبضاع ، وهو فى الأصل عبارة عن طائفة من المال تبعث للتجارة ، قاله الجوهرى ، ويأتى تفسيره ، والأصح أنه لا يملكه لما فيه فى الغرر . والثانى : بلى ، وجزم به فى الوجيز لأنه عادة التجار .

(الرابعة) التوكيل فيما يتولى ملكه بنفسه ، وفيه وجهان مبنيان على الوكيل ، وقيل : يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل ، لأنه يستفيد مثل عقد موكله ، بخلاف وكيل الشريك ، فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله ، بل يستفيد ما هو أخص منه ، فإن وكل ملك الآخر عزله ، ويتصرف المعزول فى قدر نصيبه ، وعلم منه أنه يملك التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه .

(الخامسة) فى الرهن والارتهان ، والأصح أنه يملكهما ــ زاد فى

الشرح: ـ عنـد الحاجـة ، لأن الرهن يراد للإيفـاء ، والارتهـان يراد للاستيفاء ، وهو يملكهما ، فكذا ما يراد لهما . والثانى : ليس له ذلك ، لأن فيه خطراً ، وعلى الأول : لا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره ، لكون القبض من حقوق العقد . فلو قال : اعمـل برأيك ، ورأى مصلحة ، جاز الكل ، لأنه فوض إليه الرأى فى التصرف الذى تقتضـيه الشركة ، فجاز كل ما هو من التجارة .

(تنبيـــه) لم يذكر المؤلف السفر بالمال ، والأصح أنه يملكه مع الأمن ـ وفيه رواية صححها الأزجى ـ وإن سافر والغالب العطب ضمن ، ذكره أبو الفرج ، وظاهر كلام غيره فيما ليس الغالب السلامة . وذكر جماعة أنه يتجر ولى اليتيم بماله موضع أمن ، فإن لم يعلما بخوفه أو بفلس مشـتر فلا ضمان . ذكره أبو يعلى الصغير .

فـــرع إذا ادعى هلاكه بسبب خفى صدق فى الأصح . وإن كان بسبب ظاهر لم يضمنه إذا أقام بينة به ، ويحلف معها أنه هلك به ، ويصدق منكر الخيانة ، وإن قال لما بيده : هذه لى أو لنا ، أو اشتريته منها لى أو لنا ، صدق مع يمينه ، سواء ربح أو خسر . وإن قال : صار لى بالتسمية صـدق منكرها .

وليس له أن يستدين على مال الشركة ، لأنه يدخل فيها أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه ، فلم يجز كما لو ضم ألفـاً من ماله . ومعنـاها أن يشترى بأكثر من رأس المال أو بثمن ليس معه من جنسه ، فإن فعل فهـو عليه ، وربحه له . قال أحمد فى رواية صالح فيمن استدان من المال بوجهه ألفاً : فهو له وربحه له ووضيعته عليه ، ومعناه : أنه يختص بنفعه وضره ، لكونه لم يقع للشركة ، إلا أن يأذن شريكه . فإنه يجوز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها . وقال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهـما لأنه تمليك مال بمال أشبه الصرف ورد بالفرق ، فإن الصرف بيع وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب .

وإن أخر حقه من الدين الحال جاز ، لأنه أسقط حقه من المطالبة ، فصح

أن ينفرد به كالإبراء ، فلو قبض شريكه شيئاً مما لم يؤخر كان له مشاركته فيه ، وقيل : وله حق تأخير شريكه ، ويضمنه إن تلف ، أو مات المدين . وإن تقاسما الدين فى الذمة لم يصح فى إحدى الروايتين ، نص عليه فى رواية حنبل ، وجزم به فى الوجيز ، وصححه ابن عقيل ، لأن الذمم لا تتكافأ ، ولا تتعادل والقسمة تقتضيها ، لأنها بغير تعديل بمنزلة البيع ، ولا يجوز بيع الدين ، فعليها لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذى توى ماله على الآخر .

والثانية ونقلها حرب ، وقدمها فى (الرعاية) : الجواز ، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كاختلاف الأعيان ، فعليها لا رجوع إذا أبرأ كل منهما صاحبه ، وأطلقهما فى (الفروع) إذا كان فى ذمم لا ذمة واحدة ، لأنه لا تمكن القسمة ، وهى إفراز ، ولا يتصور فيها ، فعلى الأول إن تكافأ فقياس المذهب من الحوالة على ملىء وجوبه . قاله الشيخ تقى الدين . وإن أبرأ من الدين أو أجل ثمن المبيع فى مدة الخيار لزم فى حقه ، لأنه تبرع دون صاحبه ، لأنه ليس من التجارة وكالصدقة . وكذلك إن أقر بمال ، أى : يلزم المقر دون صاحبه على المذهب ، سواء أقر بدين أو عين ، لأن شريكه إنما أذن له فى التجارة ، وليس الإقرار داخلا فيها .

وقال القاضى : يقبل إقراره على مال الشركة ، لأن له أن يشترى نَساء ، وهو إقرار ببقاء الثمن ، قاله ابن المنجا . وفيه شىء ، وعلله فى (الشرح) بأن له أن يشترى من غير أن يسلم الثمن فى المجلس ، فلو لم يقبل إقراره لضاعت أموال الناس ، وامتنعوا من معاملته ، لأن ذلك مما يحتاج إليه كالإقرار بالعيب ، وقيده فى (الرعاية) فى الإقرار و (الفروع) قبل التفرقة بينهما لا بعدها .

مسألة أقر غريم لهما بدين عند حاكم فطلب أحدهما حبسه ، ومنع الآخر منه ، ففى وجوب حبسه روايتان قاله فى المستوعب وغيره .

(تنبيه) إذا كان بينهما دين مشترك بإرث أو إتلاف ـ قال الشيخ تقى الدين : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد ، فلشريكه الأخذ من الغريم

ومن القابض . جزم به الأكثرون ، لأنهما سواء فى الملك ، وظاهره : ولو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين كالمقبوض بعقد فاسد ، وعنه : يختص به ، وقاله جماعة ، منهم أبو العالية ، وابن سيرين ، كما لو تلف المقبوض فى يد قابضه تعين حقه فيه ، ولم يرجع على الغريم لعدم تعديه ، وإن كان بعقد ، أو بعد تأجيل شريكه حقه فوجهان : (أحدهما) له المشاركة كالموروث (والثانى) لا ، لأنه مستقل بالعقد على نصيبه فهو كالمنفردين . ويجب على كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه ، وقبض النقد ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو يقتضى أن مثل هذه الأمور يتولاها بنفسه ، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه فى ماله ، لأنه بذلك عوضاً عما يلزمه .

وما جرت العادة أن يستنيب فيه كحمل الطعام والمتاع ووزن ما ينقل والنداء فله أن يستأجر من مال الشركة من يفعله ، لأنه العرف ، فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك ؟ على وجهين ، هما روايتان فى المغنى والمحرر الأصح أنه لا شيء له ، لأنه تبرع بما يلزمه ، فلم يستحق شيئاً كالمرأة التى تستحق خادماً إذا أخدمت نفسها . والثانى : بلى ، لأنه فعل مالابد من فعله ، فاستحق الأجرة كالأجنبى ، وعلى الأول إذا شرطها استحقها .

فــــرع إذا استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته جاز ، نقله الأكثر كداره ، وعنه : لا ، لعدم إمكان إيقاع العمل فيه لعدم تمييز نصيبهما ، اختاره ابن عقيل ، ويحرم على شريك فى زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن ، ويتوجه عكسه ، قاله فى الفروع .

فصــــل

والشروط فى الشركة ضربان ، لأنها عقد فانقسمت شروطها إلى صحيح وفاسد كالبيع ، صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا فى نوع من المتاع ، سواء مما يعم وجوده أم لا ، وقال فى (الرعاية) : عام الوجود ، والمراد به

عمومه حال العقد فى الموضع المعين للتجارة ، لا عمومه فى سائر الأزمنة والأمكنة ، أو بلد بعينه كمكة ونحوها ، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشترى إلا من فلان ، فهذا كله صحيح ، سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو يقل ، لأنه عقد يصح تخصيصه برجل أو بلد معينين كالوكالة ، فإن جمع البيع والشراء من واحدة فإنه لا يضر . ذكره فى (المستوعب) وفى (المغنى) و (الشرح) خلافه وهو ظاهر . وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح لو شرط ربح أحد الكيسين أو الألفين أو جزءاً مجهولا كنصيب ، لأنه يفضى إلى جهل حق كل واحد من الربح ، أو إلى فواته حيث شرط دراهم معلومة ، أو ضمان المال لمنافاته مقتضى العقد ، أو أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله للمنافاة ، أو أن يوليه ما يختار من السلع إذ لا مصلحة للعقد فيه ، أشبه ما لو شرط ما ينافيه .

مسألة إذا شرط أحدهما على الآخر متى باعه فهو أحق به ، فباعه من غيره ، فقال أحمد : أحب إلىَّ أن يفى بشرطه . وقال ابن عقيل ــ وذكره فى الشرح وغيره ــ : إنه شرط باطل ، لأنه يقطع إطلاق تصرف الشريك الآخر . وظاهر كلام أحمد خلافه ، أو يرتفق بها كلبسه الثوب ، واستخدامه العبد ، أولا يفسخ الشركة مدة بعينها لأنها عقد جائز ، فاشتراط لزومها ينافى مقتضاها كالوكالة مع أنه يصح توقيتها كالوكالة ، نص عليه . فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ، لأن الفساد فى العوض المعقود عليه ، فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمراً ، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فيفضى إلى التنازع ويخرج فى سائرها . أى : باقيها (روايتان) المنصوص عنه أن العقد صحيح ، ويلغو الشرط ، لأنه عقد على مجهول ، فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح . والثانية : يبطل ، وذكره فى المحرر تخريجاً لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالمزارعة ، إذا شرط البذر من العامل ، وكالشروط الفاسدة فى البيع ، ولأنه إنما رضى بالعقد بهذا الشرط ، فإذا فسد فات الرضى به . وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين ، لأن التصرف صحيح ، لكونه بإذن مالكه ، والربح نماء ، فربح المضاربة للمالك ، وعليه أجرة مثل العامل مطلقاً .

والعنان والوجوه على قدر المالين ، والأبدان تقسم أجرة ما تحملاه بالسوية والوضيعة بقدر المالين ، وظاهره أنه إذا لم تفسد فإن الربح يقسم بينهما على ما شرطاه ، كرواية فى الفاسد .

وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله ، أى : نصف عمله ؟ على وجهين ، كذا فى المحرر ، أحدهما : لا رجوع ، جزم به فى الوجيز وصححه فى شرح المحرر ، لأنهما عملا لأنفسهما ، فلا يرجع أحدهما على الآخر بما لم يعمل له ، فعليه يقتسمان الربح على ما شرطاه ، لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولا ، فوجب المسمى فى فاسده كالنكاح . والثانى : يرجع ، جزم به فى الكافى وهو الأصح ، لأنه عمل فى نصيب شريكه ، فيرجع به ، لأنه عقد ينبغى الفصل فيه فى ثانى الحال ، فوجب أن يقابل العمل فيه عوض ، كالمضاربة ، فإن تساوى عملهما تقاص الدينان ، وان فضل أحدهما تقاص دين القليل بمثله ، ويرجع على الآخر بالفضل .

وقال ابن حمدان : إن قسم الربح على قدرهما رجع ، وإلا فلا ، وقال القاضى : إن فسد العقد لجهل الربح فكذلك ، وإن فسد لغيره وجب المسمى فيه كالصحيح ، لأنه عقد يصح مع جهل العوض ، فوجب المسمى فيه مع فساده كالنكاح .

فرع إذا مات أحدهما فلوارثه إتمام الشركة ، فيأذن كل منهما للآخر فى التصرف ، وقيل : إن كان المال عرضاً جدد عقداً ، وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان على الميت دين تعلق بتركته ، وليس للوارث الشركة فيه حتى يقضى دينه ، فإن قضاه من غير مال الشركة فله إتمامها ، وان قضاه منها بطلت فى قدر ما مضى .

(تنبيه) كل عقد فاسد من أمانة وتبرع بمضاربة وشركة ووكالة ووديعة كصحيح فى ضمان وعدمه ، وكل عقد لازم يجب الضمان فى صحيحه يجب فى فاسده كبيع وإجازة ونكاح . ا هـ كلام ابن مفلح فى المبدع شرح المقنع . ومنه نقلته وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يصح من الشرك الا شركة العنان ، ولا يصح ذلك الا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو مال أحدهما صحاحا والآخر قراضة أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة ، لأنهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض ، فان كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم ، وابتاعا بها شيئاً وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر ، فان استوت قيمتاهما اســـتويا فى الربح ، وان اختلفت قيمتاهما تفاضلا فى الربح على قدر مالهما)) .

(فصـــل) ولا تصح حتى يختلط المالان ، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما فى مال ، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا : ان من ربح شيئاً من ماله انفرد بالربح أفـردنا أحـدهما بالربح ، وذلك لا يجوز . وان قلنا : يشاركه الآخر أخذ أحدهما ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز .

وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين فى القدر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح ، وهو قول أبى القاسم الأنماطى لأن الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا فى المال ويتفاضـلا فى الربح ، فكذلك لا يجوز أن يتساويا فى العمل ويتفاضلا فى الربح واذا اختلف مالهما فى القـــدر فقد تساويا فى العمل وتفاضلا فى الربح ، فوجب أن لا يجو ز.

(والثانى) تصح ، وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح ، لأن المقصود بالشركة أن يشتركا فى ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كمـــا يحصل مع تساويهما ، وما قاله الأنماطى من قياس العمل على المال لا يصح ، لأن الاعتبار فى الربح بالمال لا بالعمل ، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفـــرد أحدهما بالمال ويشتركا فى الربح ، فلم يجـز أن يســتويا فى المال ويختلفا فى الربح ، وليس كذلك العمل فانه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا فى الربح فجاز أن يستويا فى العمل ويختلفا فى الربح)) .

الشرح قوله : شركة العنان وهو أن يشـــتركا فى شىء خاص دون سائر أموالهما ، كأنه عن لهما شىء فاشترياه مشتركين فيه ، وقيل : مأخوذة من عنانى فرسى الرهان ، لأن الفارسين إذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما ، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان .

والشركة أربع : شركة العنان ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه . ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان .

قال فى البيان واختلف الناس لم سميت شركة العنان فقيل سميت شركة العنان لظهورها وهو أنهما ظاهرا باخـراج المالين ، ويقال عنّ الشىء إذا ظهر ومنه قول امرىء القيس :

فعنّ لنـا سرب كأن نعاجه عذارى دوار فى مُلاء مذيل

(وقيل) سميت عنانا من المعاننة وهى المعارضـة ، وكل واحـد من الشريكين عارض شريكه بمثـل ماله ، إلى أن قال : وقال أبو بكر الرازى سميت بذلك مأخوذاً من العنان ، لأن الإنسان يأخذ عنان الدابة بإحـدى يديه ، ويحبسه عليها ، ويده الأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شـاء كذلك هذه الشركة كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيـه من جهة الشركة ، وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء . ا هـ .

وقد اعتبر أصحاب أحمد الشركة خمساً حيث زادوا شركة المضاربة ، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتى إن شاء الله تعالى .

وجماع القول فى شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطا المالين ، ولا خلاف فى صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الغرر ، ويشترط فيها لفظ صريح من كل للآخر يدل على الإذن للتصرف من كل منهما أو من أحدهما ، أو كناية تشـعر بذلك وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون فى الكل والآذن فى نصيبه خاصة ، فإن شرط عدم تصرفه فى نصيبه لم تصح .

فــــرع الشركة الصـحيحة أن يخـرج كل واحد من الشريكين دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطاها فيكونا شريكين ، وجملة ذلك أن من شرط صحة شركة العنان أن يكون مالهما المشترك بينهما من جنس واحـد وسكة واحدة ، فإن كان مال أحدهما عملة محلية والآخر عملة أجنبية واختلفا

قيمة لم تصح الشركة لاختلاف جهة الإصدار وعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الغرر فى الاستبدال والصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحة ، أو كانت لأحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو كانت لأحدهما طبرية والآخر عبديه ، وقال أبو حنيفة وأحمد : يصح لأنهما إذا أرادا المفاصلة قوّما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه .

دليلنا أنهما مالان مختلفان ، فوجب أن لا ينعقد عليهما عقد الشركة ، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الآخر شعيراً ، فإن خالفا وأخرج أحدهما عشرة دنانير والآخر عشرة دراهم وخلطا ذلك وابتاعا فإن ذلك يكون ملكا لهما على قدر مالهما فإن كان نقد البلد دنانير قومت الدراهم ، فإن كانت قيمتها خمسة دنانير كان لصاحب الدنانير ثلث المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه ، وكذلك يقسم الربح والخسران بينهما . وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجاه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد ، فإن تساويا كان ذلك بينهما نصفين ، وإن تفاضلا كان الحكم فى ملك المتاع لهما كذلك . ولا ينطبق عدم الصحة على أثمان المبيع إذ يجوز أن تكون الأثمان بعد ذلك بنقود من أجناس شتى فإنه جائز بلا خلاف نعلمه .

ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولان : تشاركنا أو اشتركنا ، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح . نعم لا تنعقد الشركة وليس على أحدهما تبعة العقد بل إنه بالخيار .

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : تصح الشركة وإن لم يخلطا المالين ، بل مال كل واحد منهما بيده يتصرف فيه كيف شاء ويشتركان فى الربح وقال مالك رحمه الله تعالى : من شرط عقد الشركة أن تكون أيديهما على المالين ، أو يد وكيلهما ، وإن لم يكونا مخلوطين .

دليلنا أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيراً ، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين ، ولأنا لو

صححنا عقد الشركة قبل الخلط لأدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر، لأنه قد ربح بمال أحدهما دون الآخر .

وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا فى قدر ماليهما ؟ على وجهين :

فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر خمسة لم تصح ، لأن الشافعى شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الآخر ، ولأنهما إذا تفاضلا فى المال فلابد أن يتفاضلا فى الربح . لأن الربح على قدر المالين ، فلم يجز أن يتفاضلا فى الربح مع تساويهما فى العمل ، كما لا يجوز أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح . قال أبو القاسم الأنماطى : لا تصح الشركة (والوجه الثانى) وبه قال عامة أصحابنا تصح الشركة وإن كانا متفاضلين فى المالين ، لأن المقصود فى الشركة أن يشتركا فى ربح ماليهما وذلك يمكن مع تفاضل المالين ، كما يمكن مع تساويهما . وما قال الشافعى فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة ، لا من جهة المقدار . وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيح ، لأن عمل الشريكين فى مال الشركة لا تأثير له ، لأنه تابع ، وقد يعمل أحدهما فى مال الشركة أكثر من عمل الآخر مع استوائهما فى المال . وقد يعمل أحدهما فى مال الشركة وحده من غير شرط فى العقد ، ويصح ذلك كله ولا يؤثر فى الربح وهذا هو الموافق للعمل إذ الربح يقسم على حسب قدر الحصة ونسبتها فى رأس المال الكلى ، ومن ثم يمكن أن يكثر الشركاء ويكون لهذا سهم ولغيره مائة ولغيره أكثر أو أقل فيكون الربح قسماً على الأسهم فتكون حصة كل شريك حسب أسهمه وقد وهن المصنف فى التنبيه قول الشافعى بقوله : وأن يكون مال أحدهما مثل مال الآخر فى القدر ، وليس بشىء .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى شركة العنان

قلنا : إن مذهبنا هو أن لا يجوز من أنواع الشركة إلا شركة العنان على ما بيناها آنفاً وعند أبى حنيفة يكون التصرف فى شركة العنان على وجوه :

(منها) أن لكل واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار وللآخر أن يعزل ذلك الوكيل من ذلك أما إذا وكله بتقاضى دين فليس للآخر إخراجه كما تقدم فى شركة المفاوضة وبعضهم يقول : ان ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك المفاوضة تثبت لشريك العنان ، وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك العنان إلا لأمور : (منها) أن شريك العنان لا يملك أن يشارك الغير بدون إذن شريكه ، فإذا اشترك اثنان فى شركة عنان ، واشترك أحدهما مع ثالث بدون اذن شريكه كان الربح بينهم جميعاً على أن يأخذ الثالث نصفه ، ويقسم النصف بين الشريكين . وإذا اشترى الذى لم يشارك كان ربحه خاصًا به .

(ومنها) أن ليس لشريك العنان الذى لم يباشر البيع أن يرهن عيناً من مال الشركة ، فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة .

وقالت الحنابلة : شركة العنان أن يشترك أثنان فأكثر بمالين على أن يعملا معاً فى تنميتهما والربح بينهما على ما اشترطا أو يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل أحدهما فقط بشرط أن يكون للعامل جزء من الربح أكثر من ربح ماله ليكون الجزء نظير عمله ، فإن شرط له ربحاً قدر ماله فقط فهو إيضاع لا يصح لأنه عمل فى مال الغير بدون أجر .

وقالت المالكية : شركة العنان أن يشتركا على أن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه فإن كل واحد منهما آخذ بعنان صاحبه يمنعه إذا أراد حتى لو تصرف أحدهما بدون إذن الآخر كان له رده . وإذا اشترطا أن يكون لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فقيل : إنها تكون عنانا فى المقيد ومفاوضة فى المطلق ، وقيل : تفسد وهو الظاهر والله تعالى أعلم .

فـــرع فى كلام النووى فى الروضة .

إذا أخرج كل واحد قدراً من المال الذى تجوز الشركة فيه وأراد الشركة، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز ، فإن لم يفعلا فتلف مال أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه فقط ، وتعذر إثبات الشركة فى

الباقى ، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدراهم والدنانير ، أو الصفة كاختلاف السكة ، وكالصحاح والمكسرة أو المثقوبة ، وكالعتيقة والجديدة ، والبيضاء والسوداء ، و فىالبيض والسود وجه عن الاصطخرى ، وإذا جوزنا الشركة فى المثليات ، وجب تساويهما جنساً ووصفاً ، فلا يكفى خلط حنطة حمراء ببيضاء لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر . وفى وجه يكفى ، لأنه يعد خلطاً ، وينبغى أن يتقدم الخلط على العقد ، فإن تأخر حكى فى التتمة وجهين ، أصحهما : المنع ، إذ لا اشتراك حال العقد . والثانى : الجواز إن وقع فى مجلس العقد ، لأنه كالعقد ، فإن تأخر عنه لم يجز على الوجهين ، ومال الإمام إلى جوازه لأن الشركة توكيل وتوكل . لكن لو قيد الإذن بالتصرف فى المال المفرد فلابد من تجديد الإذن . ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها فقد ملكوها شائعة ، وذلك أبلغ من الخلط ، فإذا انضم إليه الإذن فى التصرف تم العقد ، ولهذا قال المزنى والأصحاب : الحيلة فى الشركة فى العروض المتقومة ، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ، سواء تجانس العرضان أو اختلفا ، ليصير كل واحد منهما مشتركا بينهما فيتقابضان ، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف .

وقال فى (التتمة) يصير العرضان مشتركين ، ويملكان التصرف فيهما بالإذن ، لكن لا تثبت أحكام الشركة فى الثمن حتى يستأنفا عقداً وهو ناص، ومقتضى إطلاق الجمهور ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً ، وهو الصحيح . ولو لم يتبايعا العرضين لكن باعاهما بعرض أو نقد ، ففى صحة البيع قولان سبقا ، فإن صححناها كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوى أو التفاضل بحسب قيمة العرضين ، فيأذن كل واحد لصاحبه فى التصرف .

قلت : وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين ؟ وجهان حكاهما فى الحاوى، والصحيح ، لا يشترط ومن الحيل فى هذا أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن فى ذمته ثم يتقاصا . والله أعلم .

(فرع) الصحيح أنه لا يشترط تساوى المالين فى القدر ، بل تثبت

الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الأنماطى : يشترط ، وهو ضعيف، وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى ؟ وجهان أصحهما : لا يشترط إذا أمكن معرفتـه من بعد . ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك ، وكل واحد يجهـل حصته ، فأذن كل واحد لصاحبه فى التصرف فى كل المال أو فى نصيبه ، هل يصح الإذن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لجهلهما ، وأصحهما : نعم ، لأن الحق لا يعدوهما ، وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبهمة كالمثمنات .

اقسام الشركة عند مالك رضى الله عنه

قال هو وأصحابه رضى الله عنهم : تنقســم الشركة إلى : شركة الإرث وهى اجتماع الورثة على ملك رقبة أو رقاب بطريق الميراث . وشركة الغنيمة وهى اجتماع الجيش على ملك الغنيمة . وشركة المبتاعين شيئاً بينهما ، وهى أن يشترى اثنان فأكثر داراً ونحوها وهى الأنواع التى تسمى عند الحنفية بشركة الملك .

وحكمها عند المالكية لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف باذن صاحبه ، فإذا تصرف فقيل : يكون كالغاصب وقيل : لا فإذا زرع أحد الشريكين فى أرض مملوكة لهم أو بنى فيها فإن زرعه يقلع وبناءه يهدم على القول الأول ، أما على القول الثانى فإن زرعه وبناءه يتركان عليه كراء نصيب شريكه فى الأرض وله قيمة بنائه الذى بناه لشبهة الشركة .

ويتعلق بهذه الشركة فروع كثيرة :

(منها) أنه إذا اشترك أثنان أو أكثر فى عقار لا يمكن قسمته كحمام وفرن وبرج ثم خرب ذلك العقار وأراد أحد الشركاء تعميره فأبى الآخر فإنه يقضى على من امتنع من التعمير بأن يعمر أو يبيع جميع حصته لشريكه الذى يريد التعمير ، ولو كان يملك أكثر العقار أو يبيع لمن يعمر ، وقيل : يقضى عليه بأن يبيع بعض حصته التى تكفى التعمير ، ولكن الأول أرجح لتقليل الشركاء .

ولا فرق بين أن يكون العقار الذى لا ينقسم بعضه ملك وبعضه وقف ، وأبى الموقوف عليه أو ناظر الوقف التعمير فإنه يقضى بأن يعمره الشريك ويستوفى ما أنفقه على عمارته من إيراده ، ولمن قال : إنه يباع منه بقدر الحاجة إلى التعمير لأن الغرض تقليل الشركاء كما ذكر فى بيع غير الموقوف . نعم لا يقضى ببيع الوقف إلا إذا لم يكن للوقف ريع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره بأجرة معجلة سنين تكفى لتعميره ، فإن وجد ذلك فإنه لا يقضى ببيعه .

هذا ولا يقضى بالبيع فى الحالتين إلا بعد الأمر بالعمارة ويقضى بالبيع إذا لم ينفذ الأمر .

(ومنها) أنه إذا اشترك اثنان — مثلا — فى دار يملك أحدهما منها الطبقة السفلى ويملك الثانى الطبقة العليا ثم اختل الدور السفلى أو وهنت جدرانه عن حمل الدور العلوى فإن الحاكم يأمر صاحب السفلى بأن يعمر فإن لم يفعل يقضى عليه ببيعه لمن يعمر لا فرق بين أن يكون العقار ملكا ووقفاً بالشروط المتقدمة .

وعلى صاحب الدور الأسفل حفظ الدور العلوى من السقوط حال بناء الدور السفلى ، بتعليقه أو عمل دعائم تحفظه من السقوط وليس على صاحب السفل أن يبنى سلماً يرقى عليه صاحب العلو .

أما كسح المرحاض الذى فى السفل المشترك بينه وبين صاحب العلو فيعمل فيه بالعرف ، فإن لم يوجد عرف فإنه يكون باشتراك بقدر الاستعمال على الظاهر ، وكذلك المراحيض الموجودة فى البيوت المستأجرة فإنه يعمل فى كسحها وتنظيفها بالعرف ، فإن لم يوجد عرف فقيل على المالك ، وقيل على المستأجر . وأما طين المطر الذى ينزل فى الأسواق فليس على أصحاب الدكاكين رفعه إلا إذا جمعوه فى وسط الطريق فأضر بالمارة فإن عليهم حينئذ كنسه .

(ومنها) إذا اشترك اثنان فى دار على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر

العلو ثم أراد صاحب العلو أن يبنى فوقه ثالثاً ، فإنه لا يمكن من ذلك ، ويقضى عليه بالامتناع عن فعله ، إلا إذا ثبت هندسيا أن البناء لا يضر بالسفل حالا أو مآلا ، ويرجع فى ذلك إلى أهل الهندسة المدنية والمعمارية .

(ومنها) أنه إذا اشترك ثلاثة ـ مثلا ـ فى دار ثم تهدمت وأراد أحدهم تعميرها وامتنع الآخران فإن له أن يعمرها ويستولى على إيرادها جميعه حتى يخلص بما أنفقه ثم يقتسمون الايراد بعد ذلك إلا إذا أعطوه ما أنفقه فإنه يصح له الاستيلاء على الايراد وحده بعد ذلك .

وله الاستيلاء على الريع فى أربع صور :

الأولى : أن يستأذن شريكيه بالعمارة فيمتنعا .

الثانية : أن يستأذنهما فيسكتا ثم يمتنعا أثناء العمارة .

الثالثة : أن يستأذنهما فيمتنعا ثم يسكتا أثناء رؤية العمارة .

الرابعة : أن يأذنوا له فى العمارة ثم يمنعاه منها قبل شراء المؤن التى يعمر بها ثم عمر بعد منعهما ، وفيما عدا ذلك يكون ما أنفقه ديناً فى ذمتهم .

(ومنها) أنه إذا كان لأحد الجيران حائط متصلة ببيت جاره ويتوقف إصلاحها على دخول بيت جاره فليس لجاره أن يمنعه من الدخول فى داره لترميمها وإصلاحها ، فإذا امتنع يقضى عليه بتمكينه من غرز خشبة ونحوها ، وبتمكينه من أخذ ثوب سقط عنده أو دابة دخلت ونحو ذلك .

وكذا إذا كان خزان مرحاضه فى دار جاره فإنه يقضى له بإدخال العمال لكسحه ، وللجار منعه من إدخال الطين والجص فى داره وعليه أن يفتح نافذة فى حائط داره لادخال ما يلزمه من ذلك حتى لا يقذر دار جاره .

(ومنها) إذا كان بين جارين حائط تستر أحدهما فأزالها صاحبها وانكشف بسبب ذلك جاره فإنه يقضى على من أزالها بإعادة بنائها إلا إذا كان هدمها لخلل فيها يخشى منه الضرر ، أو هدمت وحدها فإنه فى هذه

الحالة لا يقضى على صاحبها بإعادتها ، ويقال للجار : افعل ما يسـتـرك إن شئت .

(ومنها) إذا بنى أحد فى طريق مشتركة بين الناس فإنه يقضى عليـه بهدم ما بناه ولو لم يضر بالمارة ، سواء كانت تلك الطريق نافذة أولا ، فإذا كانت لأحد الناس دار يملكها فهدمت وصارت طريقاً فإن ملكه لا يزول عنها بذلك ، وحينئذ لا يمنع من البناء فيها إلا إذا مضى زمن طويل ــ وقدره بعضهم بعشر سنين ــ فإنه لا يكون له حق فيها حينئذ .

(ومنها) أن لا يمتنع الباعة من الجلوس بأفنية الدور ، ويقضى به ، وهو ما زاد على مرور الناس فى طريق واسعة نافذة إذا كان فى جزء من اليوم ، أما إذا كان فى كل النهار فإنه يمنع ولا يقضى به على الراجح ، ومثله فناء الحانوت (الدكان) [1] ويمنع الجلوس فى أفنية الدور ونحوها للحديث لأن فيه ضياعاً للوقت وضرراً بالمارة .

وإن تنازع اثنان من الباعة فى الجلوس بمكان فإنه يقضى للسابق منها ، ومثل ذلك الجلوس فى المسجد إلا إذا كان غير السابق يجلس فيه لتعليم العلم أو الافتاء فإنه يقدم على غيره استحساناً يعنى أن الأفضل للسابق أن يترك ذلك المكان للمدرس .

(ومنها) أنه إذا فتح جار نافذة فى حائط بيته بينه وبين جاره وكانت تلك النافذة تكشف جاره بأن يرى وجوه ساكنيها فإنه يقضى عليه بسدها وإزالة معالمها بحيث لا يبقى لها أثر يمكن الاحتجاج به بعد .

أما إذا كانت النافذة لا ترى منها الوجوه أو على المزارع والحيوانات فإنه لا يؤمر بسدها إذ لا ضرر منها . وليس للجار أن يطلب سد نافذة مضى عليها عشر سنين وهو ساكت .

---

(١) الدكان : المكان المرتفع الذى يجلس عليه التاجر او صاحب الفناء لمقابلة من يفد اليه ويسميها العامة (المصطبة) ثم أطلقت بعد ذلك على جميع الحوانيت وهى كلمة فارسية وقد عربت لورودها فى صحيح البخارى فى حديث ابن عباس أنه كان يجلس على دكان حين حدث بحديث وفد عبد القيس (المطيعى) .

(ومنها) أن للجيران منع إحداث ما يتصاعد منه دخان يضر بهم وبمساكنهم ، كبناء حمام بجوارهم أو مطبخ أو تنور أو نحو ذلك . وكذلك لهم منع إحداث ما تنفذ منه رائحة كريهة كمدبغة ومكرشة ـ لبيع الكرشة وفيها أرواث البهائم المذبوحة ـ ونحوها ومحل ذلك إذا استحدث شيء من ذلك بعدهم ، أما إذا كان موجوداً من قبل ودخلوا عليه فليس لهم منعه .

(ومنها) أن للإنسان أن يمنع غيره من إيجاد الجرين عند منزله لأنه يتضرر بالتبن الحاصل من التذرية ، ومثل البيت فى ذلك الحانوت .

وكذلك يمنع ـ قضاء ـ ما يضر بجدران البيوت كرحى ومدق وبئر ومرحاض وإصطبل ، وأما الحداد والنحاس والنجار فإنهم لا يمنعون من مزاولة مهنتهم إلا إذا كان يؤذى الجدران ، أما مجرد التأذى منهم فإنهم لا يمنعون به ، ومثل هؤلاء الصباغ الذى يدق الثياب .

وكذلك يمنع إحداث مصطبة فى مقابل باب المنزل أو حانوت للبيع والشراء إذا كان يضر بالسكان ويكشفهم ، ولا يمنع مالك من فتح باب إلى طريق نافذ إلى الفضاء ولو كان فى مقابل باب جاره .

وندب للجار أن يفتح باباً لجاره ليمر منه إذا لم يكن فى ذلك ضرر عليه ، وندب إعارة جداره لجاره المحتاج لغرس خشبة فيه لأن ذلك من مكارم الأخلاق .

ولا يمنع من بناء ما يحجب ضوء الشمس عن دار نفسه ولكنه يمنع من أن يحجب الضوء أو الشمس عن جيرانه .

وأما أقسام الشركة المشهورة غير ما ذكرنا فهى ستة (هذا كله مذهب مالك) :

مفاوضة ، وعنان ، وجبر ، وعمل ، وذمم ، ومضاربة ؛ ولكل منها تعريف خاص بها ؛ وقد عرفها بعضهم تعريفاً تاماً فقال :

هى تقرر ملك متمول بين مالكين فأكثر . فقوله : تقرر متمول معناه استقرار ملك شىء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر فلكل واحد أن يتصرف فيه تصرف المالك خرج تقرر شىء غير مالى ، كتقرر النسب والولاية ، فإن النسب الثابت بين اثنين ليس بشىء مالى فلا يتصرفان فى النسب تصرف الشركات .

وكذلك تقرر الولاية بين اثنين على مملوك فإنه لا يكون شركة ، وقوله بين مالكين خرج به تقرر شىء مالى بين وصيين أو وكيلين ، فإن مال القصر الموجود فى يد الوصيين بمقتضى الوصاية لا يجعلهما شركاء فيه ، ومثلهما الوكيلان لشخص فإنهما لا يتصرفان تصرف الشركاء ، لأن ماله بينهما ليس مملوكا لهما .

ويدخل فى جميع أنواع الشركة الذمم المعروفة بالوجوه فهى ممنوعة عندهم مال للتجارة مفاوضة كانت أو عناناً ، وأما شركة الذمم المعروفة بالوجوه فهى ممنوعة عند المالكية ، وكذلك يدخل فى التعريف شركة الأبدان باعتبار الفائدة المالية التى تترتب عليها ، لأنها تكون مملوكة بينهما .

وقد عرف بعضهم الشركة المالية التجارية بأنواعها بأنها عبارة عن إذن كل واحد من الشريكين أو الشركاء للآخر فى أن يتصرف فى مال يملكانه على أن كلا منهما يتصرف لنفسه وللآخر ، فكل من الشريكين يعمل فى مال الآخر لصاحبه ولنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعمل فى مال الموكل للموكل خاصة ، وأما تعريف كل قسم من أقسام الشركة على حدة فقد أتينا عليه كل تعريف فى فصله الذى ذكر فيه من هذا الكتاب (كتاب الشركة) فاشدد به يديك فى فرع مذاهب العلماء عند الكلام على كل نوع من أنواع الشركات ، ورحم الله الشيخ عبد الرحمن الجزيرى الذى ارتضينا ما أحسن تحضيره من المذاهب بيسر وسهولة فجزاه الله عن الفقه خيراً ومن كان فى عونه وقد كنا فى خدمته إن شاء الله .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف فى نصيب شريكه الا باذنه فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف تصرفا ، وان أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون فى الجميع ، ولا يتصرف الآخر الا فى نصيبه ، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر فى نصيب شريكه الا فى الصنف الذى يأذن فيه الشريك ، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد الا أن يأذن له شريكه ، لأن كل واحد منهـما وكيل للآخر فى نصـفه ، فلا يملك الا ما يملك كالوكيل)) .

الشرح الأحكام : إذا عقدا الشركة عن مال لهما نصفين ، فإن كل واحد منهما يملك التصرف فى نصف المال مشاعا من غير إذن شريكه لأنه ملكه ، وهل له أن يتصرف فى النصف الآخر من غير إذن شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) يملك ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأن هــذا مقتضى عقد الشركة ، فلم يحتج إلى إذن الآخر ، كما لو عقد القراض على مال له . (والثانى) وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه ، لأن المقصود بالشركة هو أن يشتركا فى ربح ماليهما . وذلك لا يقتضى التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه .

اذا ثبت هذا فإن أذن كل واحد منهما لصــاحبه فى التصرف بنصــيبه تصرف كل واحد منهما بجميع مال الشركة ، وإن أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر صح تصرف المأذون له فى جميع المال ، ولا يتصرف من لم يؤذن له إلا فى نصفه مشاعا ولا يتجر المأذون له فى نصيب شريكه إلا فى النوع المأذون له فيه من الأمتعة ، سواء كان يعم وجوده أو لا يعم وجوده ، ولأن ذلك توكيل ، وللإنسان أن يوكل غيره يشترى له نوعاً من الأمتعة ، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح ، وذلك لا يحصل إلا فى الإذن بالتجارة فيما يعم وجوده .

قال ابن الصباغ : وإن أذن له أن يتجر فى جميع التجــارات جاز ذلك أيضاً . ولا يبيع المأذون له نصيب شريكه إلا بنقد البلد حالا بثمن المثــل كما تقول فى الوكيل والشيوع أن يكون المال غير مفرزة كل حصة على حدة كيلا أو وزنا أو عدا لأن المال الشائع يظل على ملك الشركاء جميعاً .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تصرف الشركاء فى المال وغيره

مذهبنا أنه لكل واحد من الشركاء أن يتصرف بما يناسب المصلحة ، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف بما يعود بالضرر على باقى الشركاء ، فلو اتفق أحد الشركاء مبدئيا على شراء سلعة ثم وجد من يشتريها بثمن أكثر من مثلها فإنه يجب عليه نقض ذلك الإتفاق لمصلحة شركائه .

وإذا باع سلعة بشرط الخيار ثم وجد من يرغب فيها بثمن زائد قبل انقضاء مدة الخيار فإنه يتعين عليه فسخ العقد وبيعها بالزائد للمصلحة ، وليس لأحدهم أن يبيع بالدين ولا بنقد متداول ببلده أو بنقد أقل سعراً من نقد بلده ، لأن فى ذلك ضرراً لمصلحة شركائه وكذلك ليس له أن يبيع بغبن كثير لا يقع مثله عادة بين الناس ، ولا أن يسافر بمال الشركة بغير ضرورة ما لم يأذن له فى ذلك كله شركاؤه ، فإذا أذنوا فعل ولا ضمان عليه ، وإلا فعليه الضمان ، ثم إن كان قد باع بالدين أو بغير نقد البلد الذى لا يتعامل به فيها أو بعين كثير لا يصح البيع فى نصيب شريكه ويضمنه بالتسليم ، أما نصيبه هو فقيل : يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد ، بل يكون صحيحاً فى بعض العين المبيعة وفاسداً فى البعض الآخر ، وهذا من تفريق الصفة ، وقيل : لا يصح أيضاً كما لا يصح فى نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز ذلك ، وعلى الوجه الأول يكون المشترى شريكا للشريك الأصلى لأنه يملك نصيب الشريك الذى باع له ، أما على الوجه الثانى فإن البيع كله باطل .

وليس لأحد الشركاء أن يعطى شيئاً من مال الشريك ليشترى به بضاعة بدون أجر ويسمى هذا (إبضاعاً) إلا بإذن شركائه . هذا وعقد الشركة جائز لكل من الشريكين فسخه متى شاء ، فلو فسخه الشريكان جميعاً انعزلا عن العمل أما إذا عزل أحدهما صاحبه فإن عزله ينفذ ويبقى هو فى العمل حتى يعزله صاحبه أيضاً لفسخ الشركة بموت أحدهما وجنونه دائماً

(أما الحنفية) فقد قالوا : يختلف حكم تصرف الشركاء باختلاف أنواع الشركة ، فأما تصرفهم فى شركة المفاوضة فهو على قسمين :

(الأول) أن يتصرف كل منهم فى مال الشركة .

(الثانى) أن يتصرف كل منهم فيما وقع من شريكه من التعاقد مع الغير ، فأما الأول فهو على وجوه ، أن يكون لكل واحد الحق فى أن يبيع بكثير الثمن وقليله إلا إذا كان فى بيعه غبن كثير لا يقع بين الناس عادة فانه لا يجوز ، ولا يجوز أن يشترى إلا بما هو معروف عند الناس عادة ، وهل يصح له أن يبيع بعرض التجارة ؟ أو لابد من البيع بقيمة العرض والنقود ؟ خلاف .

(ومنها) أن لكل منهم أن يودع مال الشركة .

(ومنها) أن لكل منهم أن يبيع ويشترى بثمن مقبوض ومؤجل ، ولكل منهم أن يتعاقد عقد سلم بأن يشترى سلعة بثمن حال على أن يقبضها بعد مدة معينة ، أو يبيع سلعة كذلك .

(ومنها) أن لكل منهم أن يشترى سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بثمن أقل حالا لينتفع بالمال الذى يقبضه .

(ومنها) أن لكل منهم أن يرهن مال الشركة مقابل دين على الشركة ، وله أن يرهن مال المفاوضة فى نظير دين عليه خاصة ، إلا أنه يضمن لشريكه القدر الذى يستحقه فى المال المرهون ، وإن كانت قيمة المال المرهون أكثر من الدين الذى عليه فلا يضمن شيئاً ، وإذا رهن مالا خاصا به فى مقابل دين على الشركة فإن شريكه يكون ضامناً لنصيبه من الدين ، فيرجع عليه به .

(ومنها) أن لكل واحد منهم أن يهدى بالمأكول كاللحم والخبز والفاكهة وله أن يولم بشرط أن لا يخرج عن العرف فى ذلك ، أما الإهداء بغير المأكول كالذهب والفضة فإنه لا يجوز .

(ومنها) أن لكل منهم أن يسافر بالمال دون إذن شريكه على الصحيح .

ثم إن كان السفر بإذن شريكه كان له الحق فى الانفاق على نفسه فى طعامه وإدامه وكرائه من رأس المال إن لم يربح ، فإن ربح حسبت النفقة من الربح .

(ومنها) أن لكل منهم أن يدفع المال مضاربة كأن يعطى شخصاً مائة ليعمل فيها بجزء الربح ، وما بقى من الربح يكون بين الشركاء وله أن يأخذ مالا مضاربة ليعمل فيه ولكن ربحه يكون خاصا به .

(ومنها) أن لكل منهم أن يشارك الغير شركة عنان ببعض مال الشركة ويجوز عليه وعلى شركائه سواء كان ذلك بإذن شريكه أم لا . وليس له أن يشارك الغير شركة مفاوضة إلا بإذن شريكه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يشارك قريباً كأبيه وابنه أو بعيداً .

(ومنها) أن لكل منهم أن يوكل وكيلا ويدفع إليه بعض المال ويأمره أن ينفق على التجارة مال الشركة ، فإذا عزل الشريك الآخر ذلك الوكيل فإنه ينعزل إذا كان وكيلا فى بيع أو شراء أو إجارة.أما إذا كان وكيلا فى تخليص دين باع به الشريك الموكل سلعة من تجارة الشركة فليس للشريك الآخر عزله ، لأنه ليس لأحد الشركاء أن يقبض ما باع به واحد منهم أو يخاصم فيه ، بل الذى يفعل ذلك هو المباشر فقط فكذلك ليس لغير المباشر أن يعزل الوكيل .

(ومنها) أن لكل منهم أن يعير من مال الشركة ، ولكل واحد من الشركاء أن يمنع صاحبه من عمل شيء من الأوجه التى تقدمت كلها فإذا نهاه عن فعل واحد منها فى نصيبه وخالفه كان عليه الضمان ، فإذا قال له : لا تسافر بمالى فسافر وهلك المال كان عليه دفع نصيب شريكه الذى نهاه عن السفر .

وليس لواحد من الشركاء أن يقرض من مال الشركة بدون إذن صاحبه ، فإذا فعل ضمن نصيب شريكه ، ولا تفسد الشركة .

(القسم الثانى) تصرف أحد الشركاء فيما يقع منهم من التعاقد مع الغير وهو على وجوه أيضاً : منها أنه إذا أقال أحدهما فى بيع باعه الآخر نفذت إقالته على الشركاء . مثلا إذا باع أحدهم سلعة بمائة فطلب المشترى إقالته منها فأقاله الشريك الذى لم يباشر بيعها نفذت إقالته ، ومثل البيع السلم .

(ومنها) إذا باع أحد الشركاء سلعة بثمن مؤجل ثم مات فليس للشريك

أن يطالب بغير ما يخصه ، فإذا كان له النصف ودفعه المدين برئت ذمته والورثة هم الذين يطالبون بنصيب الميت .

(ومنها) أنه إذا باع أحدهم شيئاً ثم وهب الثمن من المشترى أو أبرأه فإنه يجوز وعليه الضمان .

(ومنها) أنه يجوز لأحد الشركاء أن يؤخر ديناً لهم عند الغير حل موعده وينفذ تأخيره على الجميع سواء كان المباشر لعقد الدين أحدهم أو جميعهم

(ومنها) أنه إذا اشترى أحدهم شيئاً كان شركاؤه متضامنين معه فى الثمن فيؤاخذون كما يؤاخذ الذى باشر الشراء ، ولكل منهم أن يقبض السلعة التى اشتراها أحدهم . وإذا وجد أحدهم عيباً فى سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردها كما لصاحبه ذلك . وإذا اشترى أحدهم سلعة وظهر أنها ليست ملكا للبائع فلكل منهم أن يطالب البائع بثمنها .

(ومنها) أنه إذا أقر أحدهم نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا كان متهماً بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لا تقبل شهادته عليه كأبيه وابنه . هكذا أفاده عبد الرحمن الجزيرى فى الجزء الثالث من الفقه على المذاهب ومنه نقلنا أقوالهم فى مسائل الشركات لسهولتها ويسر تحضيرها فرحم الله الشيخ رحمة واسعة ورحم من أعانه من الشيوخ غير المعلومين .

وقد سبق فى آخر شرح الفصل قبله بحث تصرف الشركاء فى شركة العنان عند الأحناف .

(فرع) فى شركة المفاوضة والتصرف فيها

ذكرنا أن شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان وقلنا : إنها شركة باطلة وقالت المالكية ليست باطلة .

وإن لأحد الشريكين أن يتصرف فيما يأتى :

(أولا) له أن يتبـرع بشيء مـن مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يروجون تجارته ، ويشبه ذلك ما ينفق على الاعلانات فى زماننا ، وكذا له أن يتصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير ، وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كاعارة آلة ونحو ذلك .

(ثانياً) له أن يعطى شخصاً مالا من الشركة ليشترى له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى (إبضاعاً) وهذا من حقوق الشريكين شركة عنـان أيضاً ، على أن الإبضاع لا يصـح إلا إذا كان مال الشركة واسـعاً ، وإلا فلا يصح الإبضاع بدون إذن شريكه .

(ثالثاً) لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لعذر يقتضى الإيداع ، فإن أودع لغير عذر ضمن .

(رابعاً) له أن يشارك فى جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل فى الجزء الذى عينه ، فلو عمل فى كل مال الشركة بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح .

(خامساً) له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعا يحتمل ذلك ، وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

(سادساً) له أن يقبل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان فى ذلك فائدة للتجارة ، وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

(سابعاً) له أن يقبل السلعة التى بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه .

هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع ، وإن نهى شريكه عنها وامتنع عن قبولها .

(ثامناً) أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما يخصه ولكن بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يصدقه المقر له على ذلك فإذا كذبه فلا يلزم شريكه شيء .

ثانيها : أن يكون المقر له ليست بينه وبين المقر علاقة توجب اتهامه فى إقراره كأبويه وابنه ، فإذا أقر لواحد منهم بدين فإنه لا يلزم شريكه ويكون مسئولا عن المقر فقط .

ثالثها : أن يكون الاقرار لمن لا يتهم بالنسبة له حال قيام الشركة ، فإن أقر بعد فض الشركة وصدقه المقر له لزمه أن يدفع له نصيبه الذى يخصه ، ثم يعتبر شاهداً بالنسبة لنصيب شريكه ، ويحلف هو وصاحب الدين الذى أقر له ، وبعد ذلك يلزم الشريك أن يدفع ما يخصه .

(تاسعاً) له أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه ، وليس له أن يشترى بالدين بغير إذنه ، فإن فعل خير شريكه بين القبول والرد ، وفى حالة الرد يكون الثمن على المشترى خاصة ، ولا فرق فى ذلك بين أن تكون السلعة التى اشتراها بالدين معينة بينهما بأن قالوا له : اشتر السلعة الفلانية أو لم تكن معينة كأن قال له : كل سلعة أعجبتك فاشترها فإذا آذنه شريكه فى شراء سلعة معينة بالدين فإنه يصح ، أما إذا أذنه فى شراء أى سلعة بالدين فإنه لا يصح لأنها تكون من باب شركة الذمم ، وهى ممنوعة عندهم .

(عاشراً) لأحد المتفاوضين أن يأخذ مالا من شخص آخر غير شريكه ليتجر له فيه مضاربة ، ويكون ربحه خاصاً به لا شيء منه لشريكه بشرط أن لا يشغله العمل فيه عن العمل للشركة الأولى ، أو أن يأذن له شريكه إذا كان يشغله ، ومثل ذلك ما إذا اتجر أحدهما فى وديعة عنده فإنه يكون له ربحها وعليه خسارتها بلا دخل لشريكه إلا إذا علم شريكه بذلك ، ولم يمنعه فإنه يكون متضامناً معه فى ربحها وخسارتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويقسم الربح والخسران على قدر المالين ، لان الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين ، فان شرطا التفاضل فى الربح والخسران مع تساوى المالين ، او التساوى فى الربح او الخسران مع

تفاضل المالين لم يصح العقد ، لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما ، فان تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لا يسقط الاذن فنفذ التصرف ، فان ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه ، لأنه انما عمل ليسلم له ما شرط ، واذا لم يسلم رجع بأجرة عمله)) .

الشرح الأحكام : إذا اشترك رجلان وتصرفا ــ فإن ربحا ــ قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين . سواء شرطا ذلك فى العقد أو أطلقا ، لأن هذا مقتضى الشركة ، وإن شرطا التفاضل فى الربح أو الخسران مع تساوى المالين أو شرطا التساوى فى الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح هذا الشرط . وقال أبو حنيفة : « يصح » .

دليلنا : أنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرطا الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما ، لأن الشرط لا يسقط الإذن فإن ربحا أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر مالهما ، لأنه مستفاد بمالهما ، ولأنه ثمرة المال فكان على قدرهما ، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت ، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله ، لأنه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط .

وقال النووى فى الروضة : إن الربح بينهما على قدر المالين ، سواء شرطا ذلك أم لا ، تساويا فى العمل أم تفاوتا . فإن شرطا التساوى فى الربح مع التفاوت فى المال أو التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال ، فسدت الشركة على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهاً آخر : أنها لا تفسد ، ويوزع الربح على قدر المالين ، ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح فأطلق الجمهور لفظ الفساد وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام .

فلو اختص أحدهما بزيادة عمل وشرط له زيادة ربح فوجهان : (أحدهما) : صحة الشرط ويكون الزائد على حصة ملكه فى مقابلة العمل ، ويتركب العقد من شركة وقراض . وأصحهما : المنع ، كما لو شرط التفاوت فى الخسران ، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال ، ولا يصح جعله قراضاً ، فإن هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك ، وهنا بمليكهما ، ومتى فسد

الشرط لم يؤثر فى فساد التصرف ، لوجود الإذن ، ويكون الربح على نسبة المالين : ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله فى ماله ، فإن تساويا فى المال والعمل فنصف عمل كل واحد يقع فى مقابلة ماله فلا أجرة فيه ، ونصفه فى مال صاحبه ، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه ، فيقع فى التقاص وإن تفاوتا فى العمل مع استواء المال فساوى عمل أحدهما مائتين والآخر مائة فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، فنصف عمله مائة ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقى له بعد التقاص خمسون . وإن كان عمل صاحبه أكثر ففى رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة ، وجهان ، أحدهما : الرجوع كما لو فسد القراض . وأصحهما : المنع ، ويجرى الوجهان فيما لو فسدت الشركة ، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل ، هل يرجع بأجرة نصف عمله على الآخر ؟ أما إذا تفاوتا فى المال ، فكان لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وتفاوتا فى العمل فعمل صاحب الأكثر أكثر ، بأن يساوى عمله مائتين ، وعمل الآخر مائة ، فثلثا عمله فى ماله ، وثلثه فى مال صاحبه ، وعمل صاحبه بالعكس ، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على الأقل ، ولصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، وقدرهما متفق ، فيقع فى التقاص ، وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر ، والتفاوت كما صورنا ، فثلث عمل صاحب الأقل فى ماله ، وثلثاه فى مال صاحبه ، وثلثا عمل صاحب الأكثر فى ماله ، وثلثه فى مال شريكه ، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مائة بعد التقاص ، ولو تساويا فى العمل فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه ، فثلث تقاص ، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المائة .

فــرع ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح يجرى فى سائر أسباب فساد الشركة ، لكن قال الإمام : لو لم يكن بين المالين شيوع وخلط فلاشركة هنا على التحقيق ، بل ثمن كل مال يختص بمالكه ولا يقع مشتركاً ، والكلام فى الصحة والفساد ، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة ، وإن جرى توكيل من الجانبين لم يخف حكمه .

فــرع إذا جوزنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل ، فلم

يشترطاه ولا اشترطا توزيع الربح على قدر المالين ، بل أطلقا ، فذكر صاحب التقريب والشيخ أبو محمد خلافاً فى أن الربح يوزع على المالين ، وتكون زيادة العمل تبرعاً ، أم تثبت للزيادة أجرة تخريجاً مما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة ، ثم إذا اشترطا زيادة ربح لمن زاد عمله ، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض ، أم لا كسائر الشرك ؟ وجهان وكذا لو اشترطا انفراد أحدهما بالعمل ، والخلاف فى جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله ، جار فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف ، وجعل له زيادة ربح . وقيل : يجوز هنا ، ولا يجوز إذا اشتركا فى أصل العمل ، لأنه لا يدرى أن الربح بأى عمل حصل . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما شركة الأبدان ، وهى الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهى باطلة ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وهذا الشرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فوجب أن يكون باطلا ، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر فى بدله ، فان عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله ، لأنها بدل عمله فاختص بها » .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها رواه الشيخان ، قال النووى : صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثر فيهما من استنباط الفوائد .

أما الأحكام فإن معنى شركة الأبدان هو أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فقد يعملون فى الاحتشاش وقد يعملون فى السطو على أموال أهل الحرب من أعداء أمة محمد صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من العمل المباح فإن ذلك كله لا يصح عندنا ، وقالت الحنابلة ونص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال : ولا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين وقد أشرك النبى صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشىء . وفسر

أحمد صفة الشركة فى الغنيمة فقال : يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القاتل يختص به دون الغانمين ، وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة : يصح فى الصناعة ولا يصح فى اكتساب المباح كالاحتشاش والاصطياد لأن الشركة مقتضاها الوكالة ، ولا تصح فى هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها .

دليلنا أنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات وتختلف المهارات والطاقات والقدرات بحسب الاستعداد لكل فرد على حدة ، ولأن المغانم مشتركة بين القائمين بحكم الله تعالى ، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقد فرع الحنابلة على جواز شركة الأبدان فقالوا بجواز شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب من أصحاب أحمد : لا تصح ، وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ، ويطالب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضى من الحنابلة : تصح الشركة لأنهما اشتركا فى مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر ، فربما يعمل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم : يلزم كل واحد منهما ما يتحمله صاحبه . وقالوا ــ أعنى الحنابلة ــ والربح فى شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل ، لأن العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما فى الربح الحاصل به .

فــــرع إذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وعقد الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين ، فإن شرط صاحب الألفين على نفسه شيئاً من العمل كانت الشركة فاسدة ، فإذا عملا قسم الربح والخسران بينهما على قدر مالهما ، ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله فى ماله .

دليلنا عقد قصدا به أنه الربح فى كل حال ، فإذا كان فاسداً اسـتحق أجرة عمله فيه كالقراض ، فإن عمل صاحب الألف على مال الشركة عملا أجرته ثلاثمائة ، وعمل صاحب الألفين على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون ، فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائتين ويستحق عليه صاحب الألفين خمسين فيقاصه بها ، وتبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين مائة وخمسون . فإن عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجـرته مائة وخمسون فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائة ، ويستحق صاحب الألفين عليه خمسين فيقاصه بها ، ويبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين خمسون .

وإن شرط صاحب الألفين جميع العمل على صاحب الألف وشرط نصف الربح ، فإن هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح ، لأن صاحب الألف يستحق ثلث الربح بالشركة ، لأن له ثلث المال ولصاحب الألفين ثلثى الربح ، فلما شرط جميع العمل على صاحب الألف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح فجاز ، كما لو قارضه على سدس الربح فإن قيل : كيف صح عقد القراض على مال مشاع ؟ قلنا إنما صح لأن الإشاعة مع العامل فلا يتعذر تصرفه ، وإنما لا تصح إذا كانت الإشاعة فى رأس المال مع غـيره ، لأنه لا يتمكن من التصرف .

فـرع إذا كان لرجل سيارة نقل دفعها لآخر ليعمل عليها وما يرزق الله قسم بينهما نصفين أو ثلاثا أو كيفما شرطا لم يصح ، والربح كله لرب السيارة ، لأن الحمل الذى يستحق به العوض منها ، وللعامل أجر مثـله ، لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضـاربة . وقال أحمـد وأصحابه : يصح العقد نص عليه فى رواية الأثرم ومحمد بن حرب وأحمـد ابن سعيد وقال أبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها بيوم واحد .

فـرع قال صاحب البيان : وإن كان بين رجلين ألفا درهم لـكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمـل فى ذلك ويكـون الربح بينهما نصفين . فإذ هذا ليس بشركة ولا قراض ، لأن مقتضى الشركة أن

يشتركا في العمل والربح . ومقتضى القراض أن للعامل نصيباً من الربح . ولم يشترط له ههنا شيئاً . انتهى .

اذا ثبت هذا فعمل وربح كان الربح بينهما نصفين لأنه نماء مالهما قال ابن الصباغ : ولا يستحق العامل لعمله فى مال شريكه أجرة لأنه لم يشترط لنفسه عوضاً . فكان عمله تبرعا .

فـــرع إذا كان لرجل أرض مبنية على شكل مضرب أرز ولآخر آلات وماكينات مضرب أرز فاشتركا على أن يعملا بأدوات هـذا فى مبنى هذا والكسب بينهما جاز ـ والأجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح فى الشركة ، والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان فى العمل المشترك .

(فروع) فى شركة الأبدان ومذاهب العلماء

قلنا : إن مذهبنا أن الشركة الجائزة نوع واحـد وهى شركة العنان ، وهى أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فى مال للاتجار فيه ويكون الربح بينهم على نسبة أموالهم بشرائط مخصوصة . أتينا عليها فى كتاب الشركة هذا .

أما شركة الأبدان وهى أن يشترك اثنان فأكثر يحترف كل واحد منهـم حرفة ليعمل كل منهما ببدنه وما يرزقهم الله من أجر يقسمونه ، فهـذه ممنوعة سواء اتحدت الحرفة كحدادين ونجارين أو اختلفت كحداد ونجار ، فإذا وقع عقد شركة كهذه فإن حكمه أن كل ما يحصله أحدهم من أجـرة عمله وحده يختص به ولا يعطى منه شيئاً لشريكه ، وما يعملان معاً يوزع عليهما أجره بنسبة عمل كل منهما ، فمثلا إذا عملا فى بناء حائط أو جدار فإنه يأخذ كل منهما أجرة مثل عمله التى يستحقها فى اليوم ، فلو كان أحدهما يستحق فى اليوم عشرة قروش والآخر عشرين قرشاً وزعت الأجرة عليهما بهذه النسبة . والله تعالى أعلم .

وقالت الحنابلة : إن شركة الأبدان وهى أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا بأبدانهما وما يرزقانه من الأجر فهو بينهما على ما اشترطا هى جائزة مطلقاً سواء اتحدت الصنعة أو اختلفت فيجوز اشتراك نجار مع حداد ، ولكل واحد منهما أن يأخذ الأجرة وللمستأجر أن يعطيها لأيهما أراد .

ومن شركة الأبدان الاشتراك فى تملك المباحات كالاصطياد والاحتطاب ونحو ذلك والله أعلم .

وقد تسمى هذه الشركة شركة الأعمال أو الصنائع أو التقبـل . وهى شركة أعمال جسمانية أو فكرية ينشئها مثلا خياطان أو خياط وصـباغ أو كاتبان أو مؤلف وناشر أو ناشر وطابع أو طبيب رمد وطبيب عظام .

فى هذه الشركة يجتمع حرفيان أو مهنيان حران مقدما كل منهما عمله على سبيل الشركة ويقرران اقتسام الأرباح سواء كان الشريكان متكافئين أم لا ، وسواء كانت مهنتهما متماثلة أم مختلفة .

قال الدكتور رفيق المصرى : وتجدر الاشارة إلى أن هذه الشركة فى نظر رجال القـانون الفـرنسى ما هى إلا مجـــرد تعـــاون Collbration فهم يرون أن المقدمات الرأسمالية فقط Apports en capital هى التى تشكل الذمة المالية الأولية للشركة ، ويجب أن يكون لكل شركة ثروة أو ذمـة مالية ، لأنها عبارة عن شخصية ، وإن كانت ذات طابع معنوى . Personn moral

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أجرة المثل

قلنا : إن شركة الأبدان وهو أن يشترك صـانعان ليعمـلا بأبدانهـما ويشتركا فى كسبهما ، فهذه شركة باطلة .

وقال مالك رحمه الله تعالى : تجوز إذا كانا متفقى الصنعة ، ولا تجوز إذا كانا مختلفى الصنعة .

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يجوز مع اختلاف الصنعة واتفاقها ، ولا تجوز فى الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب .

وقال أحمد بن حنبل : تجوز فى كل ذلك حتى فى الاصطياد والاحتشاش استدلالا بما روى أن سعد بن أبى وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار ابن ياسر رضى الله عنهم اشتركوا فيما يغنمونه يوم بدر فغنم سعد بعيرين وقيل : بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخران شيئاً ، واقتسموا وهذا شركة فى الأبدان لا بالأموال وكان الناس فى عهده صلى الله عليه وسلم وإلى وقتنا هذا ليشاركون بأبدانهم فلا يتناكرونه ولأنكر عليهم فصار ذلك إجماعاً منهم ، ولأنها نوع شركة فيجب أن يكون منها ما يصح كشركة الأموال ، ولأن عمل البدن أصل قد يستفاد به المال إذا انفرد ، والمال فرع عليه لا يستفاد به النماء إلا مع العمل ، فلما صحت الشركة فى الأموال فأولى أن تصح فى أعمال الأبدان ، ولأن العامل فى القراض شريك ببدنه فى مال غير مماثل لعمله فكأن الشركة فى أعمال الأبدان المماثلة أولى . ودليلنا « نهيه صلى الله عليه وسلم عن الغرر » وشركة الأبدان غرر ، لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر ، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر ، ولأنها شركة عريت عن مشترك فى المال فوجب أن تكون باطلة .

أصله إذا اشتركا فيما يستوهبانه ، ولأنها شركة فى منافع أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا فى بعيرين ليؤجراهما وليشتركا فى أجرته ، ولأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل ، كما أن المقصود من شركة الأموال هو المال ، فلما كانت الجهالة بقدر المال توجب فساد الشركة ، والعمل مجهول بكل حال ، لأن كل ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر وقد عرفه ، فلا يعمل ، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال فيه فساد أحدهما فيقرأن وقوع الجهالة بجهة كل واحد منهما يمنع من صحة الشركة ، كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدرهما هو أنهما مفاوضة ، لو كانت فى الأموال بطلت بالجهالة ، فوجب إذا كانت فى الأعمال أن تبطل بالجهالة .

أصله إذا قال : قد استأجرتك لتبنى لى على أن لا صنيع لك . وأما

الجواب عن استدلالهم باشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضى الله عنهم فيما يغنمون فهو أن قسم الغنيمة أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون الشرط ، ألا ترى أنه لما لم يكن بين الغانمين شرط كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم ، فأما استشهادهم بالإجماع فغير صحيح ، لأن الإجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعال ، كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم فى الكتاتيب دليلا على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .

وأما قياسهم علي شركة العنان فقد تقدم الجواب عنه من قبل .

وأما استدلالهم بأن العمل فى الكسب أصل والمال فرع ، فلما جازت الشركة فى الفرع فأولى أن تجوز فى الأصل .

فالجواب عنه أن شركة الأبدان لما بطلت لجهالة العمل وهذا معتبر فى شركة الأموال ، لأنها تبطل بجهالة المال فاستويا .

وأما استدلالهم بالقراض فالمستقر فيه أن العمل تبع للمال ، وجهالة الجميع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً ، وليس كذلك شركة الأبدان ، لأن العمل فيها هو الأصل المقصود ، فبطلت لكون العمل مجهولا .

فإذا ثبت فساد شركة الأبدان فلا يخلو أن يكون عمل كل واحد منهما متميزاً أو غير متميز ، فإن كان متميزاً اختص كل واحد منهما بأجرة عمله ، وإن كان العمل غير متميز كان ما حصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على قدر أجور أمثالهما ، فيصرف إلى كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله ــ هكذا أفاده فى الحاوى جـ ٦ مخطوط رقم ٨٢ دار الوثائق .

فـــرع إذا اشترك رجلان فى اصطياد صيد لم تصح الشركة . وملك كل واحد منهما ما انفرد به من صيده ، فلو اجتمعا على صيد ملكاه جميعاً لاستواء أيديهما عليه ، وكان لكل واحد منهما على صاحبه أجرة مثله فيترادان الفضل إن كان ، والا تقاصا من ذلك مملوكاً عن شركة فاسدة ، ولو لم يكن ذلك عن عقد شركة ملكاه ولا أجرة لواحد منهما على صاحبه .

وهكذا لو وضعا شبكة أو شركاً بينهما فوقع فيه صيد ملكاه معاً ، وكان لكل واحد منهما على صاحبه نصف حصته من الشبكة . وذلك أجرة ربع الشبكة ، فلو وكل رجلا فى اصطياد صيد أو احتشاش حشيش جاز وملك الموكل ما حصل من الصيد والحشيش بفعل الوكيل ، وهكذا لو استأجرهم لإحياء موات تست الإجارة ، وكان للأجراء فيما أحيوه الأجرة ، وملك المستأجر الأرض باحياء الأجير من غير أن يخصا الأجير ملك ينتقل عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع او ضمان فهى شركة باطلة ، لحديث عائشة رضى الله عنها . ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالارث والهبة . ولانها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح . كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية ، فان عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا اخذ كل واحد منهما ربح ماله واجرة عمله ، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه ، لان الشرط قد سقط ، وبقى الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط . ويرجع كل واحد منهما باجرة عمله فى نصيب شريكه ، لأنه عمل فى ماله ليسلم له ما شرط له ، ولم يسلم فوجب اجرة عمله » .

الشرح حديث عائشة هو المذكور فى الصحيحين وساقه المصنف فى الفصل السابق بلفظ « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

اما الأحكام فإن شركة المفاوضة باطلة عندنا ، وهى أن يشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان . قال الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين [1] : لا أعلم فى الدنيا شيئاً باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه .

---

(١) العراقيان هما أبو حنيفة وابن أبى ليلى .

وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى رضى الله عنهم : شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول : من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة ، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهماً لم تصح الشركة ، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه ، ويكونان حرين بالغين مسلمين . ولا تصح بين مسلم وذمى ولا بين ذميين ، ولا بين حر وعبد ، فإذا وجدت هذه الشركة تضمنت الوكالة والكفالة .

فأما الوكالة فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى الكسب وفيما يوهب له ، وفى الكنز الذى يجده وفى جميع ما يكسبه إلا الاصطياد والاحتشاش فإنهما ينفردان . وأما الميراث فإنهما لا يشتركان فيه ، فإذا ورث أحدهما نظر فيه ، فإن كان عرضا لم يضمن الشركة ، وإن كان ذهباً أو فضة فما لم يقبضه فالشركة بحالها وإن قبضه بطلت الشركة ، لأنه قد صار ماله أكثر من مال الآخر .

وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فإن صاحبه يشاركه فيه إلا أرش الجناية .

ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الغرر » وهذا غرر ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة فى العروض وعكسه شركة العنان ، ولأنهما عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث أو يقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم يصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية .

اذا ثبت هذا فان كسبا اختص كل واحد منهما بملك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أتلفه وغصبه ، لأن وجود هذا العقد بمنزلة عدمه . ولعل أبا حنيفة رضى الله عنه كان يراعى فى جوازها ألا يحبس أحدهما فى حق عليه بسبب جنايته فيختل نظام الشركة ، فجعل الشركة كافلة . وكان للشركة شخصية اعتبارية حسب مفهوم العصر اليوم وكأنها صورة على نحو ما من

صور عقود التأمين اليوم وقد مر بك فى الضمان تفصيلها وسيأتى فى مزيد تفصيل إن شاء الله .

(فروع) فى شركة المفاوضة :

قلنا : إن من أقسام الشركة الباطلة شركة المفاوضة وهى أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك بأموالهما من غير خلط المالين ببعضهما قبل العقد ، أما إذا خلط المالين ببعضهما قبل العقد فلا تكون شركة مفاوضة . بل تكون من شركة العنان الجائز حتى ولو صرحا بالمفاوضة ونويابها العنان ، فانها تصح بعد الخلط قبل العقد ، وكما تكون المفاوضة بالأموال تكون بالأبدان فقط وبالأموال والأبدان والله تعالى أعلم .

وقالت الحنفية : المتعلق بالشركة منها ما هو مشترك بين العنان والمفاوضة ومنها ما هو مفاوضة محضة .

فأما شركة المال المشتركة بين العنان والمفاوضة فلها أمور :

(منها) أن يكون رأس المال من النقدين الذهب والفضة ، فلا يصح العقد فى شركة المفاوضة ولا فى شركة العنان إذا كان رأس المال عروض تجارة أو حيوان أو من المكيلات كالقمح والعدس ، أو الموزونات كالسمن والعسل ، فإذا اختلط ما يملكه اثنان من القمح ببعضهما فإن ذلك سيكون شركة ملك ما تقدم عن الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكان والخسارة تكون عليهما بتلك النسبة ، أما إذا كانا من جنسين مختلفين كقمح وشعير فالثمن يكون بينهما على قدر قيمة ما يخصه يوم بيعه ، ومثل عروض التجارة قطع الذهب والفضة التى لم تضرب إلا إذا جرت العادة بالتعامل بها فإنه يجوز أن تجعل رأس مال الشركة المالية على الصحيح .

أما المصوغ من الذهب والفضة كحلى النساء وخلاخلهن فإنه كعروض التجارة بلا خلاف .

وأما الفلوس وهى العملة المأخوذة من غير الذهب والفضة كالنحاس

والبرونز فإنه يصح جعلها رأس مال الشركة إذا كان يتعامل بها كما سيأتى فى المضاربة (القراض) .

على أنه يصح أن يجعل عروض التجارة رأس مال الشركة بحيلة ، وهى أن يبيع كل واحد منهما نصف ما يملكه الآخر ثم يخلطان ما يملكانه ببعضهما فيكون بينهما شركة ملك بحيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه ثم يتعاقدان على شركة المفاوضة فيفوض كل منهما لصاحبه أن يتصرف .

(ومنها) أن يكون رأس المال حاضراً عند العقد أو عند الشراء ، فلو دفع مائة جنيه لشخص وقال له : ادفع مثلها واشتر بها وبع صح العقد إذا أخرج الرجل المائة عند الشراء ، وبعضهم يقول : إذا افترقا من المجلس قبل دفع المال فإن العقد لا يصح .

(ومنها) أن يكون رأس مال الشركة ديناً ، فإذا كان لشخص دين على آخر وقال : شاركنى على أن رأس المال الذى أدفعه هو الدين الذى لى عند فلان أو عندك ، فإنه لا يصح لأن الدين مال غائب ، وقد عرفت أن الشرط حضور المال .

وأما ما تتمحض به شركة المفاوضة (فمنها) :

أن يكون رأس مال الشريكين أو الشركاء على السواء بأن يكون قدر ما يدفعه كل واحد مساويا لما يدفعه الآخر فلا يصح فى المفاوضة أن يدفع أحدهما ألفا والآخر خمسمائة ، فإن كان رأس مال أحدهما مخالفاً لرأس مال صاحبه بأن دفع أحدهما ذهباً والآخر فضه ، فإنه يجب أن يكون كل منهما مساوياً للآخر فى القيمة . فإذا دفع أحدهما ألف دينار مثلا وجب على الآخر أن يدفع ثلاثة آلاف جنيه أو تسعة آلاف ريال .

(ومنها) أن لا يكون لأحدهما من المال الذى تنعقد به الشركة ــ أعنى شركة المفاوضة ــ شىء مدخر ، بل ينبغى له أن يخرج كل ماله . فإذا كان معه ألف فلا يصح أن يعقد شركة مفاوضة ، مع غيره بخمسمائة بل ينبغى أن

يعقدها بالألف ، فإذا عقدها بأقل مما يملك من المال كانت شركة عنان لا مفاوضة ، ويجوز أن يملك أحدهما عقاراً أو دوراً زيادة على المال دون صاحبه أو يملك مالا غائباً عنه كان له دين على شخص لم يقبضه فإذا قبضه فسدت وصار عناناً ، ولو كان لأحدهما وديعة من النقدين عند شخص زائدة على رأس مال المفاوضة فسدت المفاوضة ، وهذا الشرط يتعلق برأس المال .

(ومنها) أن تكون الشركة عامة فى جميع أنواع التجارة فلا يصح تخصيصها بنوع واحد كالقطن أو القمح أو نحو ذلك وهذا الشرط متعلق بالمعقود عليه .

أما أحكام شركة المفاوضة فهى أن كل شيء يشتريه أحد الشريكين كان على الشركة كاطعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته ، وكذلك المتعة والنفقة والاستئجار للسكنى والركوب للحاجة كالحج وغيره فإن كل ما يشتريه أحدهما مما يتعلق بذلك خاصا به ومع ذلك فإن الآخر الذى لم يشتر وعليه أن يؤدى ويرجع على شريكه بما يستحقه فيما دفعه من مال الشركة .

ولا يشارك أحدهما الآخر فيما ورث من ميراث ولا ما حصل عليه من جائزة سلطانية ولا هبة ولا صدقة ولا هدية .

وإذا كان لأحد الشريكين شيء مملوك قبل عقد الشركة فليس للآخر شيء فيه كما إذا اشترى أحدهما جملا بشرط الخيار ثم تعاقد مع صاحبه على شركة المفاوضة ثم أسقط خياره فإن الجمل يكون له وحده وليس لشريكه فيه نصيب . وإذا أودع أحدهما وديعة كانت كذلك عند الآخر ، وإذا كان أحدهما يعمل فى مال مضاربة كان ما يخصه من الربح بينه وبين شريكه شركة مفاوضة .

وإذا ثبت فى ذمة أحدهما دين بتجارة وشبهها كان الآخر متضامناً فيه ، ويشبه التجارة الغصب والاستهلاك والوديعة الموجودة أو المستهلكة والعارية ، لأنه إذا غصب أحدهما شيئاً كان ضامناً له والضمان يفيد ، له تملك الأصل المغصوب فيكون كالتجارة التى ملكها بالشراء . فالدين الذى

يلزم بسبب الغصب كالدين الذى يلزم بسبب التجارة ، فيكون الشريكان مفاوضة متضامنين فى أدائه ، ومثل الغصب الوديعة ، فإذا أودع شخص عند أحد الشريكين شيئاً وأنكره أو استهلكه كان ضامناً شريكه معه فيه ، كالتجارة ومثل ذلك العارية . وكذلك إذا كفل أحدهما شخصاً فى مال بإذن صاحبه فإن شريكه يكون متضامناً معه فى دفع ذلك المال . أما إذا كفل أحدهما شخصاً بنفسه أمر صاحبه أو كفله بدون إذنه فإن الشريك الآخر لا يلزم بذلك .

وخرج ما لزم أحدهما مما لا يشبه التجارة كدين المهر والخلع والجناية والصلح عن دم العمد والنفقة فإن كل ذلك لا يضمن فيه الآخر .

هذا ولا تبطل الشركة بالشرط الفاسد عندهم ــ أعنى الحنفية الذين نعرض لمذهبهم هنا ــ وإنما يبطل الشرط ، فلو اشتركا فى شراء حيوان أو عرض تجارة على أن يبيعه أحدهما دون الآخر لم تفسد الشركة ولا يعمل بالشرط . وكذلك إذا اشتركا على أن يدفع أحدهما المال وحده فإن الشرط يكون فاسداً والعقد صحيح ، وهكذا كل شرط فاسد فإنه لا يفسد العقد ولا يعمل به .

وقالت الحنابلة : إن شركة المفاوضة هى الاشتراك فى استثمار المال مع تعويض كل واحد لصاحبه فى الشراء والبيع والمضاربة والتوكيل والبيع بالدين والسعر بال والرهن والارتهان وبالضمان وغير ذلك إلا أنه لا يصح أن يدخلا فيها الكسب النادر كوجدان لقطة أو كنز أو نحو ذلك ، وأما المضاربة فسيأتى شرحها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما شركة الوجوه ، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه ، فهى شركة باطلة ، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به ، فلا يجوز أن يشاركه غيره فى ربحه ، وان وكل كل واحد منهما صاحبه فى شراء شئ بينهما ، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه . ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل فى ملكهما وصارا شريكين فيه ، فاذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما)) .

الشرح هذه أيضا إحدى الصور من الشركات التى لا تصح عندنا وتسمى شركة الوجوه . وهو أن يتفقا على أن يشترى كل واحد منهما بوجهه ، ويكون ذلك شركة بينهما وإن لم يذكر شريكه . ويقال : إن وجيهين فأكثر قد اشتركوا فى شراء تجارة بثمن مؤجل لوجاهتهما ليبيعوها والربح بينهما ، أو أن يشترك وجيه وخمل على أن يشترى الخمل بماله ويبيع الوجيه بوجاهته ويبيع الخمل أيضاً .

وقالت الحنابلة : هى أن يشترك اثنان فأكثر فى شراء تجارة بثمن فى ذمتيهما اعتماداً على وجاهتهما التى توجب الثقة بهما ثم يبيعانه والربح بينهما نصفين أو ثلاثا أو نحو ذلك وهى جائزة مطلقا سواء عينا جنس ما يشتريانه أو قدره أو قيمته أو لم يعينا شيئاً فلو قال أحدهما للآخر : ما اشتريت من شىء فهو بيننا صح .

وقال أبو حنيفة « تصح شركة الوجوه » :

دليلنا أن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ، فلا يشارك غيره فيه ، فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يشترى له عينا معينة أو موصوفة ويبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك للآخر .

فــرع حكى الصيمرى أن الشافعى رحمه الله قال : شركة الأزواد فى السفر سنة ، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ، وليس من باب الربا سبيل ، فيخلط هذا طعامه بطعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر ، ويأكلان ولا ربا فى ذلك ، ونحو هذا إشراك الجنس فى الطعام بدار الحرب .

وفى مناقب الأشعريين ما أخرجه مسلم من حديث أبى موسى رضى الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم فوضعوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم منى وأنا منهم » فجعل صلى الله عليه وسلم ذلك منقبة لهم . وهو نص فى وجوبها عند الجوائح والأزمات .

(فرع) فى شركة الوجوه من الحاوى

اعلم أن شركة الوجوه هى من شركات المال وهى أن يكون الرجل ذا مال ، فيقولان : نشترك على ما بيننا ونشترى متاعاً والربح بيننا ، فهذه شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه ، ومن أصحابنا من جعل شركة الجاه النوع الأول إذا كان الجاه لأحدهما ، وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما ، وهذا خلاف فى العبارة ، والحكم فيهما سواء ، وهى شركة باطلة .

وقال أبو حنيفة : هى شركة جائزة استدلالا بأنها نوع شركة فوجب أن يكون منهما ما يصح كشركة العنان . ودليلنا أنها شركة فى غير مال فوجب أن تكون باطلة كالشركة فى الأصطياد والاحتشاش على أنها مبنية على شركة الأبدان ، وسنذكر الحجاج فيها . وقد مضى الجواب عن القياس على شركة العنان ، فإذا ثبت أن شركة الجاه لا تصح فلا يخلو حال مشترى المتاع من ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يشتريه لنفسه (والثانى) أن يشتريه لصاحبه (والثالث) أن يشتريه بينهما .

فإن اشتراه لنفسه صح شراؤه ، وصار ملكاً له ، إن ربح فالربح له ، وإن خسر فالخسران عليه ، ولا شيء للآخر فى ربحه ، ولا شيء عليه فى خسرانه ، وإن اشتراه كله لم يصح ، لأنه إنما أذن له فى شراء نصفه ويكون الشراء لازماً له فى النصف الزائد على القدر الذى أذن فيه .

فأما النصف المأذون فيه فيلتزم الآمر على شروطه التى نذكرها ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن الصفقة تختلف فى الصحة والفساد ، وإن اشتراه بينهما فهو فى النصف مشترك لنفسه فلزمه ذلك ، وفى النصف الآخر فى حكم المشترى لموكله ، فيصح ذلك بثلاثة شروط :

(أحدها) أن يكون قد وصف له النوع الذى يتجر فيه سواء كان نوعاً أو أنواعاً ، لأن الإذن فى شراء ما لم يوصف باطل .

(والثانى) أن يقدر له المال الذى يشترى به لأن ما لم يقدره فلا نهاية

له بخلاف شركة المال والمضاربة المقدرتان بالمال ، فلم يحتج إلى تقديرهما بالذكر .

(والثالث) أن ينوى فى عقد الشراء أنه له ولصاحبه ، لأن ملك المبيع لا ينتقل عن المشترى إلى موكله إلا ببينة سواء كان المأذون فى ابتياعه معيناً أو غير معين .

وقال أبو حنيفة : إن كان غير معين لم يصح الشراء للموكل إلا ببينته . وإن كان معيناً كقوله : اشتر لى هذا العبد صح الشراء للموكل بغير بينة . وهذا فرق يوجب القياس للتسوية بينهما ، لأنه شراء لغير العاقد فاقتضى أن يكون هو شرط البينة ، أصله ما كان غير أمين .

وأما ما يشتريه المضارب والشريك فيحتاج إلى نية أنه فى مال المضاربة والشركة ، فإذا صح الشراء لهما على الشروط المعتبرة كان الربح بينهما نصفين ، والخسران — إن كان — عليهما نصفين ، ثم للمشترى على شريكه نصف أجرة مثله فيما اشترى وباع ، لأنه عمل فى ماله ومال غيره ، وكذلك كل شركة فاسدة إذا حصل الربح فيها بين الشريكين على قدر المالين ، وكان العمل لهما ، رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة مثله ، فإن تساويا تقاصا ، وإن تفاضلا ترادا الفضل ، وإن كان العمل لأحدهما كان للعامل على الآخر نصف أجرة مثله .

وقال أبو حنيفة : ليس لواحد منهما على صاحبه أجرة فى عمله ، لأن العمل فى الشركة لا يقابل بشيء من الربح ، فلم يكن لوجوده تأثير وهذا حكم . لأن حكم الشركة إذا زال لفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عرض فاسد ، وذلك موجب لأجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اخذ رجل من رجل جملا ، ومن آخر راوية ، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم ، فقد قال فى موضع : يجوز . وقال فى موضع : لا يجوز ، فمن اصحابنا من قال : ان كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب

له ، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية باجرة المثل للجمل والراوية ، لانه استوفى منفعتهما باجارة فاسدة فوجب عليه اجرة المثل ، وان كان الماء مباحا فالكسب بينهم اثلاثا لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه فى شراء ثوب بينهم فاشتراه ، على أن يكون بينهم ، وحمل القولين على هذين الحالين ؛ ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكا للسقاء كان الكسب له ، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه ، وان كان الماء مباحا ففيه قولان .

(احدهما) انه بينهم اثلاثا لانه اخذه على أن يكون بينهم فدخل فى ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم باذنهم .

(والثانى) أن الكسب للسقاء ، لانه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة ويرجعان عليه باجرة المثل لانهما بذلا منفعة الجمل والراوية ، ليسلم لهما الكسب ولم يسلم ، فثبت لهما اجرة المثل » .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رحمه الله تعالى فى البويطى : إذا اشترك أربعة أنفس فى الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثانى الأرض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التى يعمل عليها ، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد ، لأنه ليس شركة ولا قراضاً ولا إجارة لأن الشركة لا تصح حتى يخلط الشركاء أموالهم ، وهاهنا أموالهم متميزة ، وفى القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة ، وههنا لا يمكن ، والإجارة تفتقر إلى أجرة معلومة وعمل معلوم ، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لأنها عين ماله زادت ، وعليه لصاحب الأرض ولصاحب الفدان أجرة مثل مالهم ، وللعامل أجرة مثل عمله عليه ، لأن كل واحد منهم دخل فى العقد ليكون له شىء من الغلة ، ولم يسلم لهم ذلك ، وقد تلفت منافعهم فكان لهم بدلها .

فرع قال فى البويطى : فإن اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحى ، ومن الآخر البيت ، ومن الرابع العمل على أن يكون ما حصل من الأجرة بينهم على ما شرطوه ، فإن هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه فى الفصل قبله . وانظر كلام الماوردى فى الفرع التالى :

فـــرع قال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى إمام أهل العـراق رحمه الله تعالى [1]

وأما شركة الأبدان وهو أن يعملا بأبدانهما ويشتركا فى كسبهما فهذه شركة باطلة .

وأما مالك رضى الله عنه فقال : تجوز إذا كانا متفقى الصنعة ، ولا تجوز إذا كانا مختلفى الصنعة .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : تجوز مع اختلاف الصنعة واتفاقهـا ، ولا تجوز فى الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب .

وقال أحمد بن حنبـل رضى الله عنـه : يجـوز فى كل ذلك حتى فى الاصطياد والاحتشاش استدلالا بما روى أن سعد بن أبى وقاص وعبد الله ابن مسعود وعمار بن ياسر رضى الله عنهم اشتركوا فيما يغنمونه فى وقعـة بدر فغنم سعد بعيرين وقيـل : بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخـران شـيئاً واقتسموا . وهذا شركة فى الأبدان لا بالأموال ، ولأن الناس فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وإلى وقتنا هذا يشاركون بأبدانهم فلا يتناكرونه فكان إجماعاً منهم ، ولأنها نوع شركة فكان منها ما يصح كشركة الأموال ، ولأن عمل البدن أصل قد يستفاد به المال إذا انفرد والمال فرع عليه ، لا يستفاد به النماء إلا مع العمل ، فلما صحت الشركة فى الأموال فأولى أن تصح فى أعمال اليد والأبدان ، ولأن العامل فى القراض شريك ببدنه فى مال غير مماثل لعمله فكأن الشركة فى أعمال الأبدان المماثلة أولى .

ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، وشركة الأبـدان غرر ، لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر ، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر ، ولأنهـا شركة عريت عن مشترك فى المال فوجب أن تكون باطلة .

أما إذا اشتركا فى أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا فى

(1) الحاوى بدار الوثائق المصرية مخطوطة ورقة ١٥١ جـ ٨ رقم ٨٢ .

بعيرين ليؤجراهما ويشتركا فى الأجرة ، أو لأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل ، كان المقصود من شركة الأموال هو المال ، فلما كانت الجهالة بقدر المال توجب فساد الشركة ، وجب أن تكون الجهالة بالعمل توجب فساد الشركة ، والعمل مجهول بكل حال ، لأن كل ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر ، وقد تمر فترة فلا يعمل ، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال ، فيرى فساد أحدهما فإن وقوع الجهالة بجهة كل واحد منهما يمنع من صحة الشركة ، كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدر ما لكل منهما هو أنها مفاوضة ، لو كانت فى الأموال بطلت بالجهالة ، فوجب إذا كانت فى الأعمال أن تبطل بالجهالة ، أصله إذا قال : قد استأجرتك لتبنى لى على أن لا أضيع لك .

وأما الجواب عن استدلالهم باشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضى الله عنهم فيما يغنمون فهو أن حكم الغنيمة أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون شرط الارتزاق ، ولما لم يكن بين الغانمين شرط كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم . فأما استشهادهم بالاجماع فغير صحيح ، لأن الاجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعال ، كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم فى الكتاتيب دليلا على جواز أخذ الأجرة فى تعليم القرآن .

وأما استدلالهم بأن العمل فى الكسب أصل والمال فرع ، فلما جازت الشركة فى الفرع فأولى أن تجوز فى الأصل .

فالجواب عن أن شركة الأبدان إنما بطلت لجهالة العمل ، وهذا معتبر فى شركة الأموال ، لأنها تبطل بجهالة المال فاستويا .

وأما استدلالهم بالقراض فالمستقر فيه أن العمل فيه تبع للمال ، وجهالة البيع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً ، وليس كذلك شركة الأبدان ، لأن العمل فيها هو الأصل المقصود فبطلت لكون العمل مجهولا .

فإذا ثبت فساد شركة الأبدان فلا يخلو أن يكون عمل كل واحد منهما متميزاً أو غير متميز ، فان كان متميزاً اختص كل واحد منهما بأجرة عمله ، وإن كان العمل غير متميز كان ما حصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على

قدر أجور أمثالهما فيصرف إلى كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله .

فــرع وإذا اشترك أربعة فى زراعة أرض على أن يكون من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر بقر الحرث ومن الآخر العمل كانت شركة فاسدة ، لأن الشركة إنما تصح فيما لا يتميز إذا خلطاه ، فعلى هذا يكون الزرع لصاحب اليد لأنه نماء يملكه ويكون عليه أجرة مثل الأرض والبقر والعامل لأنهم دخلوا على عوض فاسد .

قال الشافعى رضى الله تعالى عنه : فإذا أصابوا شيئاً جعل لكل واحد منهم أجرة مثله ، وجعل كرأس ماله ، وقسم ما حصل بينهم على قدره . قال أبو العباس بن سريج : فى هذا مسألتان .

(إحداهما) إذا جاء رجل فاستأجر من كل واحد ماله ليطحنوا له طعاما معلوما بأجرة معلومة بينهم ، بأن يقول لصاحب البيت : استأجرت منك هذا البيت ومن هذا الحجر ، ومن هذا البغل ، ومن هذا نفسه لتطحنوا لى كذا وكذا من الحنطة بكذا وكذا درهم ، فقالوا : قبلنا الإجارة ، فهل يصح هذا العقد ؟ فيه قولان كالقولين فى أربعة أنفس لهم أربع دواب باعوها بثمن واحد ، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد ، أو خالعنه بعوض واحد ، فإذا قلنا : لا يصح استحق كل واحد منهم أجرة مثل ماله على صاحب الطعام . وإن قلنا : يصح نظر ، كم أجرة مثل كل واحد منهم ؟ وقسم المسمى بينهم على قدر أجور مثلهم ، ولو استأجر من كل واحد ملكه بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولا واحداً واستحق كل واحد منهم ما يسمى له .

(المسألة الثانية) إذا استأجرهم فى الذمة مثل أن يقول : استأجرتكم لتحصلوا لى طحن هذا الطعام بمائة صحت الإجارة قولا واحدا . ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فإذا طحنوا استحقوا المسمى أرباعا ، وكان لكل واحد منهم أن يرجع على شركائه بثلاثة أرباع عمله فيرجع صاحب البغل على شركائه بثلاثة أرباع أجرة بغله .

وكذلك صاحب البيت والرحى والعامل ، لأن كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل . وقد عمل الجميع فسقط الربع لأجل ما استحق عليه ، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه .

فإن قال : استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بمائة فقالوا : قبلنا . فذكر الشيخ أبو حامد الإسفرايينى فى التعليق أنها على قولين كالمسألة الأولى . وذكر المحاملى فى البحر وابن الصباغ : أنها لا تصح قولا واحدا كالمسألة الثانية .

فإن قال الرجل منهم : استأجرتك لتحصل لى طحن هذا الطعام بمائة فقال : قبلت الإجارة لى ولأصحابى ، أو نوى ذلك وكانوا قد أذنوا له فى ذلك فالإجارة صحيحة ، والمسمى بينهم أرباعا ، فإذا طحنوا رجع كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجرة ماله على شركائه ، وإن لم ينو أن يقبل له ولأصحابه لزمه العمل بنفسه ، فإذا طحن الطعام بالآلة التى بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجرة مثل آلاتهم .

فرع قال فى البويطى : فإن اشترك ثلاثة من أحدهم البغل ، ومن الآخر الراوية ، ومن الأخر العمل على أن يستقى الماء ويكون ما رزق الله بينهم ؛ فإن هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه ، فإذا استقى الماء وباعه ، وحصل منه ثمن فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : يكون ثمن الماء كله للعامل ، وعليه أجرة مثل البغل والراوية .

وقال فى موضع : يكون ثمن الماء كله للسقاء ، وعليه أجرة البغل والراوية إذا كان الماء ملكا له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع فى ملكه لأن الماء ملكه ، وكان ثمنه ملكا له ، وعليه أجرة البغل والراوية لأنه استوفى منفعتهما على عوض ، ولم يسلم لهما الغرض .

والموضع الذى قال : يكون ثمن الماء بينهم ، إذا كان الماء مباحا ، لأن الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية ، ومنهم من قال : ان كان الماء ملكا

للسقاء فالثمن كله له وعليه أجرة البغل والراوية لما ذكرناه ، وإن كان الماء مباحا ففيه قولان .

(أحدهما) أن الثمن كله للسقاء لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجد الحيازة إلا منه . وعليه أجرة مثل البغل والراوية . لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء ، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجرة المثل .

(والقول الثانى) أن ثمن الماء بينهم لأنه لم يتناول الماء لنفسه ، وإنما تناوله ليكون بينهم فكان بينهم ، فصار كالوكيل لهم . قال ابن الصباغ : وهكذا لو اصطاد له ولغيره فهل لغيره منه شيء ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد فى التعليق أنه يقسم بينهم بالتقسيط على قدر أجور أمثالهم . وحكى أن الشافعى رحمه الله نص عن ذلك .

(والثانى) حكاه ابن الصباغ عن الشافعى رحمه الله تعالى أنه يكون بينهم أثلاثا ويرجع صاحب البغل بثلثى أجرته على صاحبه ويرجع صاحب الراوية بثلثى أجرته على صاحبه ، ويرجع صاحب السقاء على صاحبيه بثلثى أجرته .

وأما صاحبنا المصنف فيذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق ، فإن استأجرهم غيرهم ليستقوا له ماء . قال أبو العباس : ففيه مسألتان كما ذكر فى الطحن إن استأجرهم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان ، وإن استأجرهم فى ذممهم صح قولا واحداً والله تعالى أعلم .

ونستخلص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحد الوجهين اشتراك مالين وبدن صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمتنع فيها الغرر ، مثل أن يشترك رجلان بينهما ثلاثة آلاف درهم لأحدهم ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين على أن يتصرف صاحب الألف على أن يكون الربح بينهما نصفين ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقى وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل

له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل ، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله فى مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم سهم للعامل وهو الربع .

وقال مالك : لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . دليلنا : أنهما لم يجعلا أحد القدرين شرطا للآخر ، فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً .

مسـألة إذا اشترى الشريكان عينا فوجدا به عيبا ، فإن اتفقا على رده أو إمساكه فلا كلام ، وإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك ؛ فإن كانا قد عقدا جميعا عقد البيع فلأحدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه ، وقد مضى ذكرهما فى البيوع ، وإن تولى أحدهما عقد البيع له ولشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشترى له ولشريكه ثم قال بعد ذلك كنت اشتريت لى ولشريكى لم يقبل قوله على البائع لأن الظاهر أنه اشترى لنفسه ، وإن كان قد ذكر فى الشراء أنه لنفسه ولشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) له ذلك ، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشتريا بأنفسهما . (والثانى) ليس له الرد ، وإن ذكر أنه يشترى له ولشريكه ، فحكم العقد له ، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال : اشتريتها لخالد فقال خالد : ما أذنت له كان الشراء لازما للمشترى .

فأما إذا باع لرجل سيارة ثم قال : كانت بينى وبين فلان ، فإن باعها مطلقا ثم قال بعد ذلك : إنها بينه وبين غيره لم يقبل قوله على المشترى ، لأن الظاهر أنه باع ملكه . قال الشيخ أبو حامد : فيحلف المشترى أنه لا يعلم ذلك ، فإن أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه حكم له بذلك ، فإن كان قد أذن له بالبيع صح ، وإن لم يأذن له كان القول قوله أنه ما أذن له . لأن الأصل عدم الإذن ، فإن ذكر البائع حين البيع أنها بينه وبين شريكه قبل قوله ، لأنه مقر على نفسه فى ملكه . وإن أقر الشريك أنه أذن له فى البيع نفذ البيع وإن لم يقر بالإذن ولا بينة عليه حلف أنه ما أذن له وبطل البيع لأن الأصل عدم الإذن .

(فرع) فى شركة المفاضلة

اعلم أن هذه الشركة لم يذكرها المصنف مفرداً لها بفصل كصنيعه فى غيرها ، ولكن أقضى القضاه الماوردى رحمه الله جعلها قسماً رابعاً من أقسام الشركة .

وهذه الشركة تقوم على أن يتفاضلا فى المال على أن يتساويا فى الربح ، أو يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح ، فهذه شركة باطلة .

وقال أبو حنيفة : هى شركة جائزة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » قال : ولأن عقد الشركة كالمضاربة ، لأن العمل فى المضاربة بمنزلة مال لكل الشريكين فى الشركة ، لأن كل واحد منهما فى مقابلة جزء من الربح ، فلما جاز فى المضاربة أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من الآخر كذلك فى الشركة ، ولأن أحد الشريكين قد يكون أكثر عملا فيستحق مع قلة ماله لأجل عمله أكثر ربحاً .

دليلنا أن التفاضل فى المال يمنع من التساوى فى الربح . أما إذا أطلقا العقد ولأن الشركة قد تفضى إلى الربح تارة وإلى الخسران أخرى ، فلما كان الخسران يقسط على المال ولا تمييز بالشرط ، وجب أن يكون فى الربح مثله على المال لا يتعين بالشرط ، وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن الربح أحد موجبى العقد ، فوجب إذا كان شرطه مخالفاً لمطلقه أن يبطل أصله ، إذا شرطهما لأجنبى ولأنه نماء مال موزع فوجب أن يكون مقسطاً على فاضل المال كالماشية والثمرة .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » فقد قال فيه : « إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » وأما استدلالهم بالمضاربة فالمعنى فى المضاربة أنه لما كان إطلاقها يقتضى تساويهما فى الربح جاز أن يتشارطا التفاضل فى الربح ، وليس كذلك الشركة .

وأما استدلالهم بأن عمل أحدهما قد يكون أكثر فليس بصحيح ، لأن العمل فى الشركة لا يقابل شيئاً من الربح ، ألا ترى أنهما لو أطلقا الشركة لم يتقسط الربح على العمل ، ولا استحق عليه عوضاً فيه ، فبطل به .

فاذا ثبت ما ذكرنا فشركة المفاضلة على ثلاثة أضرب .

(أحدها) أن يتساويا فى المالين ، ويتفاضلا فى الربحين ، مثاله : أن يكون المال بينهما نصفين والربح بينهما أثلاثاً فهذه شركة باطلة .

(والضرب الثانى) أن يتفاضلا فى المالين ويتساويا فى الربحين ، مثاله : أن يكون المال بينهما أثلاثاً لأحدهما ثلثان وللآخر ثلثه ويكون الربح بينهما أثلاثا لصاحب الثلثين ثلثا الربح ولصاحب الثلث ثلثه فمذهب الشافعى جواز هذه الشركة ، لأن الربح فيها مقسط على قدر المالين ، ومن أصحابنا من ذهب إلى بطلانها حتى يتساوى الشريكان فى رأس المال ، وتعلق بقول المزنى : « والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما مثل دنانير صاحبه ويخلطاهما فيكونا فيهما شريكين فجعل قوله : مثل دنانير صاحبه ، محمولا على مثلها فى القدر ، وهذا تأويل فاسد ، لأن مراده بالمثل إنما هو المثل من الجنس والصفة دون القدر ، وإذا لم تصح شركة المفاضلة فى الضربين الأولين فهل يكون شرط التفاضل فيها موجباً لبطلان الشركة بمعنى بطلان الإذن فى التجارة بالمال المشترك أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) قد بطل الإذن لبطلان الشرط فيه ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى جميع المال ، فإن تصرف فيه كان كمن تصرف فى مال مشترك عن شركة فاسدة .

(والوجه الثانى) أن اشتراط التفاضل وإن تعلق بالشرط لا يوجب بطلان الإذن فيجوز أن يتجر كل واحد منهما بجميع المال ، ويكون الربح مقسوماً بالحصص .

فلو كان ثلث المال لأحد الشريكين والثلثان للآخر فشرطا أن يكون الربح

بينهما نصفين على أن يذهب بالتجارة صاحب الثلث وحده جاز ، وكانت هذه شركة ومضاربة بالبدن ، لأن العامل يأخذ الثلث وتمام النصف بعمله ، وخرج عن شرط المفاضلة ، إلى حكم المضاربة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) والشريك امين فيما فى يده من مال شريكه فان هلك المال فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عنه فى الحفظ والتصرف ، فكان الهالك فى يده كالهالك فى يده ، فان ادعى الهلاك ـ فان كان بسبب ظاهر ـ لم يقبل حتى يقيم البينة عليه ، فاذا اقام البينة على السبب فالقول قوله فى الهلاك مع يمينه ، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة ، لأنه يتعذر اقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه . وان ادعى عليه الشريك خيانة وانكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الخيانة . وان كان فى يده عين وادعى شريكه ان ذلك من مال الشركة ، وادعى هو انه له فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر مما فى يده انه ملكه فان اشترى شيئاً فيه ربح فادعى الشريك انه اشتراه للشركة ، وادعى هو انه اشتراه لنفسه او اشترى شيئا فيه خسارة ، وادعى الشريك انه اشتراه لنفسه ، وادعى هو انه اشتراه للشركة ، فالقول قوله ، لأنه أعرف بعقده ونيته » .

الشرح الأحكام : الشريك أمين فيما فى يده من مال الشركة ، فإن تلف فى يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه ، لأنه نائب عن شريكه فى الحفظ فكان الهالك فى يده كالهالك فى يد المالك ، وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة ، فإن ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر ، لأنه يمكنه إقامة البينة عليه ، فإن شهدت البينة بصدق قوله وترتب الهلاك على السبب الظاهر فلا كلام . وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال فالقول قول الشريك مع يمينه أنه هلك بذلك . وإن ادعى الهلاك بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك .

وإن ادعى الشريك على شريكه جناية لم تسمع دعواه حتى يبين قـدر الجناية فإذا بينها فأنكرها الآخر ، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الجناية ، وإن اشترى أحد الشريكين شيئاً فيه ربح ، فقال

شريكه اشتريته شركة بيننا وقال المشترى : بل اشتريته لنفسى فالقول قول المشترى مع يمينه .

وإن اشترى شيئاً فيه خسارة ، فقال المشترى : اشتريته شركة بيننا ، وقال الآخر : بل اشتريته لنفسك فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أعرف بعقده ولأن الأصل عدم الخيانة .

فرع إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرف ، فاشترى أحدهما شيئاً للشركة بأكثر من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله . فإن اشترى ذلك بثمن فى ذمته لزم المشترى جميع ما اشتراه ، ولا يلزم شريكه ذلك ، لأن الإذن يقتضى الشراء بثمن المثل ، فإن دفع الثمن من مال الشركة ضمن نصيب شريكه بذلك لأنه تعدى بذلك ، وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء فى نصيب الشريك ، لأن العقد متعلق بعين المال . وهل يبطل فى نصيب المشترى ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة .

فإذا قلنا : يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا : يصح الشراء فى نصيبه انفسخت الشركة بينهما فى قدر الثمن ، لأن حقه من الثمن قد صار للبائع ، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن ، ويكون هو شريك البائع فى السلعة ، فإن باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله بطل البيع فى نصيب شريكه لأن مطلق الإذن يقتضى البيع بثمن المثل .

وهل يبطل البيع فى نصيب البائع ؟ فيه قولان بناء على القولين ، إن قلنا يبطل فهما على الشركة كما كانا ، وإن قلنا : لا يبطل بطلت الشركة بينهما فى المبيع ، لأن حصته منها صارت للمشترى للابتياع ، فيكون المشترى شريك شريكه .

قال أبو إسحاق : ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه ، لأن ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه ، ولو أودع عند رجل عيناً فباعها المودع فإنه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم ، لأن المودع لا يجوز له

البيع بالإجماع ، واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال : هو متعد بالبيع ، فلا فرق بين أن يكون مختلفا فيه أو مجمعا عليه . ألا ترى أنه إذا فرط ضمن وإن كان مختلفا فيه .

فــــرع إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبى وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبا لحصته منها ، وإن كانت مشاعا لأن الغصب أزال اليد ، وذلك يوجد فى المشاع كما يوجد فى المقسوم ، ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما دار فجاء رجل وأخرج أحدهما من الدار وقعد فيه مكانه كان غاصبا لحصته من الدار . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . فإذا باع الغاصب والشريك الذى لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من رجل ، فإن الشافعى رضى الله عنه قال : يصح البيع فى نصيب المالك ، ويبطل فيما باعه الغاصب .

قال العمرانى : واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هى على قولين بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، ومنهم من قال : يصح البيع فى نصيب المالك قولا واحدا . لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فلا يفسد أحدهما بفساد الآخر . وإن وكل الشريك الذى لم يغصب منه الغاصب فى بيع نصيبه فباع جميع العين صفقة واحدة . فإن باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح البيع فى نصيب المغصوب منه وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ فيه قولان .

وإن ذكر الغاصب فى البيع أنه وكيل فى بيع نصفه لم يصح بيع نصيب المغصوب منه وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ على الطريقين فى المسألة قبلها لأنه بمنزلة العقدين . وإن غصب الشريك نصيب شريكه فباع العبد صفقة واحدة بطل البيع فى نصيب المغصوب منه . وهل يبطل فى نصيبه ؟ فيه قولان . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان كان بينهما عبد فاذن احدهما لصاحبه فى بيعه فباعه بألف ثم اقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى وادعى المشترى ذلك وأنكر البائع . فان المشترى يبرأ من حصة الشريك الذى لم يبع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن الى شريكه باذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشترى وبين الشريكين .

فان تحاكم البائع والمشترى . فان كان للمشترى بينة بتسليم الثمن قضى له وان لم يكن له من يشهد غير الشريك الذى لم يبع فان شهادته مردودة فى قبض حصته ــ لأنه يجر بها الى نفسه نفعا ــ وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته .

وهل ترد فى حصة البائع ؟ فيه قولان :

فان قلنا تقبل حلف معه المشترى ويبرأ . وان قلنا لا تقبل او لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه انه لم يقبض . فان حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذى لم يبع أن ياخذ مما اخذ البائع شيئا . لأنه أقر انه قد اخذ الحق مرة . وأن ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن ياخذ منه . وأن نكل البائع حلف المشترى ويبرأ .

وان تحاكم الشريكان ــ فان كان للذى لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن ــ رجع عليه بحصته ، وان لم تكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض ويبرأ ، وان نكل عن اليمين ردت اليمين على الذى لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته . وان ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الألف من المشترى وادعاه المشـــترى وأنكر الذى لم يبع نظرت ، فان كان الذى لم يبع مأذونا له فى القبض برئت ذمة المشترى من نصيب البائع ، لأنه اقر أنه سلمه الى شريكه باذنه ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبـع وبين المشـــترى ، وبين الشريكين فيكون البائع ههنا كالذى لم يبع ، والذى لم يبع كالبائع فى المسئلة قبلها ، وقد بيناه .

وان لم يكن واحد منهما مأذونا له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن الذى باعه اقر بالتسليم الى من لم يأذن له ، والذى لم يبع انكر القبض ، فان تحاكم البائع والمشترى أخذ البائع منه حقه من غير يمين ، لأنه سلمه الى شريكه بغير اذنه .

وان تحاكم المشترى والذى لم يبع ، فان كان للمشترى بينة برىء من حقه ، وان لم يكن له من يشهد غير البائع ــ فان كان عدلا ــ قبلت شهادته لأنه لا يجر بهذه الشهادة الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فاذا شهد حلف معه

المشترى وبرىء ، وان لم يكن عدلا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، فاذا حلف ، اخذ منه حقه .

وان كان البائع ماذونا له فى القبض والذى لم يبع غير ماذون له ، وتحاكم البائع والمشترى قبض منه حقه من غير يمين ، لانه سلمه الى شريكه من غير اذنه وهل للشريك الذى لم يبع مشاركته فيما أخذ . قال المزنى : له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشترى خمسمائة ، وبين أن يأخذ من المشترى مائتين وخمسين ، ومن الشريك مائتين وخمسين .

وقال أبو العباس : لا يأخذ منه شيئا ، لأنه لما أقر أن الذى لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة فى القبض ، لأنه لم يبق له ما يتوكل فى قبضه ، فلا يأخذ بعد العزل الا حق نفسه ، فلا يجوز للذى لم يبع أن يشاركه فيه ، فان تحاكم المشترى والذى لم يبع فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه انه لم يقبض ، لأن الأصل عدم القبض ، فان كان للمشترى بينة قضى له وبرىء ، وان لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزنى ، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضرراً وهو رجوع الشريك الذى لم يبع عليه بنصف ما فى يده ، وعلى قول أبى العباس تقبل شهادته قولا واحدا ، لأنه لا يدفع بشهادته ضرراً لأنه لا رجوع له عليه)) .

الشرح الأحكام : إذا كانت الشركة بينهما مناصفة فى شىء فأذن أحدهما لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه ، أو قلنا : إنه يملك القبض بمقتضى الوكالة فى البيع فباع العين المشتركة من رجل بألف ، ثم أقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى ، وادعى ذلك المشترى وأنكر البائع فإن المشترى يبرأ من نصيب الشريك الذى لم يبع ، لأنه اعترف أنه سلم ما يستحقه عليه من الثمن إلى شريكه بإذنه ، ثم تبقى الخصومة بين الشريكين وبين البائع والمشترى ، فإن تحاكم البائع والمشترى ، فإن أقام المشترى بينة شاهدين أو شاهداً وامرأتين بأنه قد سلم إليه الألف حكم على البائع أنه قد قبض الألف وبرىء المشترى منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذى لم يبع وإن لم يكن مع المشترى من يشهد له غير الشريك الذى لم يبغ فإن شهادته فى نصيبه لا تقبل على البائع .

وهل تقبل شهادته فى نصيب البائع ؟ فيه قولان ، فإن قلنا : إنها تقبل ، حلف عنه المشترى وبرىء من حصةالبا ئع . وإن قلنا : لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الألف ولا شيئا منها ، لأن الأصل

عدم القبض فإذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم ، ولا يشاركه الذى لم يبع ، لأنه لما أقر أن البائع قد قبض الألف اعترف ببراءة ذمة المشترى من الثمن ، وأنه يأخذه الآن ظلما فلا يشاركه فيه .

وإن نكل البائع عن اليمين حلف المشترى إنه قد سلم إليه الألف ، وبرىء من الألف ، ولا يستحق الشريك الذى لم يبع على البائع بيمين المشترى شيئا ، سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الإقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البينة من المدعى ، لأنا إنما نجعل ذلك فى حق المتحالفين وفى حق غيرهما . وكذا لو أقام المشترى شاهداً واحدا وحلف معه فإنه يبرأ من الألف ، ولا يرجع الذى لم يبع على البائع بشىء إلا إذا حلف مع الشاهد ، بخلاف ما لو أقام المشترى بينة ، فإنه يحكم بها للمشترى وللذى لم يبع .

وإن بدأ الشريكان فتحاكما ــ فان كان للشريك الذى لم يبع بينة أن البائع قبض الألف فأمامها ــ حكم بها على البائع للمشترى والذى لم يبع ، وإن لم يكن له بينة غير المشترى لم تقبل شهادته للمشترى قولا واحداً ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فيحلف البائع أنه لم يقبض الألف ولا شيئا منها ويسقط حق الذى لم يبع من كل جهة . وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذى لم يبع فحلف استحق الرجوع على البائع بخمسمائة ، ولا يثبت حق المشترى على البائع ، سواء قلنا إن يمين الذى لم يبع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البينة عليه ، لأن ذلك إنما يحكم به فى حق المتحالفين لا فى حق غيرهما ، ولأن اليمين حجة فى حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البينة . هكذا ذكر عامة أصحابنا . وذكر أبو على السنجى وجهاً لبعض أصحابنا أنه يثبت باليمين والنكول جميع الثمن على البائع فى هذه وفى التى قبلها ، وهو إذا حلف المشترى مع نكول البائع كما قلنا فى البينة وليس بشىء .

وإن ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الألف من المشترى ، وادعى المشترى ذلك وأنكر الذى لم يبع ، فلا يخلو من أربعة أقسام . إما أن يكون

كل واحد منهما مأذونا فى القبض أو كان الذى لم يبع مأذوناً فى القبض وحده أو كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض، أو كان البائع مأذونا له فى القبض وحده . فإن كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض ، أو كان البائع قد أذن للذى لم يبع بقبض نصيبه وحده ، فإن المشترى يبرأ من نصيب البائع من الثمن لأنه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هـذه المسألة كالنظر فى التى قبلها إلا أن البائع ههنا يكون كالذى لم يبع هناك والذى لم يبع ههنا كالبائع هناك على ما ذكرنا حرفاً بحرف .

قال العمرانى : وإن كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض فإنه باقرار البائع أن الذى لم يبع قبض الألف لا تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن البائع أقر بتسليم حصته من الألف إلى غير وكيله ، والذى لم يبع ينكر القبض فيأخذ البائع حقه من الثمن من غير يمين ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبع وبين المشترى ، فإن طالب الذى لم يبع المشترى بحقه من الثمن ، فإن كان مع المشترى بينة حكم له بها على الذى لم يبع . وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حلف معه وحكم ببراءة ذمة المشترى من نصيب الذى لم يبع قولا واحداً .

والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته فى القبض للتهمة ، وههنا لم ترد شهادته فى شىء أصلا ، وإن لم يكن البائع عدلا ، أو كان ممن لا تقبل شهادة المشترى بأن يكون والده أو ولده ، أو كان ممن لا تقبل شهادته على الذى لم يبع بأن يكون عدواً له ، فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، لأنه لم يقبض الألف ولا شيئا منه ، فإذا حلف أخـذ حقه من الثمن ، وإن نكل حلف المشترى وبرىء من حق الذى لم يبع .

وأما إذا كان البائع قد أذن له الذى لم يقبض حقه . وقلنا إن الأول فى البيع يقتضى قبض الثمن ولم يأذن البائع للذى لم يبع بقبض حقه من الثمن، فإن باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشترى من نصيب البائع من الثمن ، لأنه يقر أنه دفع ذلك إلى غير وكيله وأما نصيب الذى لم يبع ، فإن المزنى نقل أن المشترى يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض ، لأنه فى

ذلك أمين . فمن أصحابنا من خطأه فى النقـل وقالوا : هـذا مذهب أهل العراق ، وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل . فيحتمل أن يكون الشافعى رحمه الله ذكر ذلك . قال : وبه قال محمد بن الحسن رحمه الله ، فظن المزنى أنه أراد بذلك نفسه ، ولم يرد الشافعى رحمه الله تعالى إلا محمد بن الحسن ، ومن أصحابنا من اعتذر للمزنى وقال ، معنى قوله (يبرأ المشترى من نصف الثمن) يريد به فى حق البائع ، فإن البائع كان له المطالبة بجميع الألف ، فلما أقر أن شريكه قبض الألف سقطت مطالبته بالنصف .

اذا ثبت هذا وأن المشترى لا يبرأ من شيء من الثمن فإن البائع يأخذ خمسمائة من غير يمين ، فإذا قبض ذلك فهل للذى لم يبع أن يشارك البائع بما قبضه ؟ نقل المزنى أن له أن يشاركه فيما قبضه ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأن الذى لم يبع يقول : قد أخذ البائع خمسمائة من المشترى بحق مشاع بينى وبينه ، وقول البائع : إنه أخذه لنفسه لا يقبل على الذى لم يبع لأن المال إذا كان مشاعاً بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئاً ثم قال : قبضته لنفسى لم يقبل . وقال أبو العباس والمصنف وعامة الأصحاب : لا يشاركه فيـما قبض ، لأن البائع لما أقر أن الذى لم يبع قد قبض الثمن تضمن ذلك عـزل نفسه من الوكالة لأنه لم يبق ما يتوكل فيه .

فإن قلنا بقول المزنى كان الذى لم يبع بالخيار بين أن يطالب المشـترى بخمسمائة وبين أن يأخذ من البائع مائتين وخمسين ، ومن المشترى مائتين وخمسين ، فإذا أخذ من البائع مائتين وخمسين لم يكن للبائع أن يرجع بها على المشترى ، لأنه يقول : إن الذى لم يبع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه . وإن قلنا بقول أبى العباس ومن تابعه لم يكن للذى لم يبع أن يشارك البائع بشيء مما أخذ ، بل له أن يطالب المشترى بحقه من الثمن وهو خمسمائة ، فإذا طالب الذى لم يبع المشترى ــ فإن كان مع المشترى بينـة على الذى لم يبع أنه قبض منه الألف ــ برىء من نصيبه من الثمن ، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لأنه قبض منه ألفاً ولا يستحق عليه إلا خمسمائة.

وإن لم يكن مع المشترى من يشهد له أنه يقبض الذى لم يبع الألف غير

البائع وكان عدلا ، فهل تقبل شهادته ؟ إن قلنا بقول أبي العباس : إن الذى لم يبع لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه ، فيحلف معه المشترى وتبرأ ذمته من حقه من الثمن ، ويرجع عليه بخمسمائة لأنه لا يدفع بشهادته عن نفسه ضرراً ولا يجر بها إلى نفسه نفعاً .

وإن قلنا بقول المزنى ومن تابعه : إن الذى لم يبع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته ، لأنه يدفع بها عن نفسه ضرراً ، وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض ، لأنه إذا ثبت أنه قد استوفى الخمسمائة من المشترى لم يشارك البائع فى شىء مما قبض ، فإن قلنا : لا تقبل شهادته عليه ، أو كان ممن لا تقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض الألف ولا شيئاً منه فإذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على ما مضى ، وإن نكل عن اليمين فحلف المشترى أنه قد قبض منه الألف برىء من حصته من الثمن ويرجع عليه بما زاد على حقه . وقد أوضحنا هذه المسائل مفصلة فى الفروع الآتية :

فـــرع قال الماورى : قال المزنى : (ومتى فسخ أحدهما انفسخت ولم يبق لصاحبه أن يشترى ولا يبيع حتى يقتسما) وهذا صحيح ، ثم قال :

قد ذكرنا أن عقد الشركة يجرى عليه فى أثر قيد كل واحد منهما فى حق شريكه حكم الوكالة ، فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة دون العقود اللازمة ، فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت ، لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها .

ومعنى قولنا : إن الشركة قد انفسخت أن الإذن بالتصرف قد بطل ، لأن المال المشترك تميز ، لأن تميز المال المشترك لا يكون غرراً بالقسمة ، وليس لواحد منهما أن يتصرف فى جميع المال ببيع أو غيره ، ويجوز أن يتصرف فى قدر حقه على الإشاعة كما يجوز التصرف فى المتاع .

فإن قيل : أليس المضارب إذا فسخت عليه المضاربة جاز له الفسخ بعد البيع فهل جاز للشريك ذلك ؟

قلنا : الفرق بينهما أن حق المضارب فى الربح وذلك لا يعلم إلا بالبيع ، فجاز أن يبيع بعد الفسخ ليعلم قدر حقه من الربح ، والشريك حقه فى غير المال معلوم قبل البيع فلم يجز أن يبيع بعد الفسخ .

فــــرع قال الماوردى : إذا كان للشريكين بعد فسخ الشركة ديون من مال الشركة فى ذمم شتى ، فاقتسم الشريكان بالديون وأخذ كل واحـد منهم بحصته منها بعض المتعاملين ، لم يجز ، وكانت قسمة باطلة ، لأن القسمة إنما تصح فى الأعيان دون الذمم .

وليس بصحيح لما ذكرنا ، ويكون ما على كل واحد منهما بينهما على أصل الشركة ، فإذا نص بشىء منه اقتسماه ، إلا أن يقدم من عليه الدين أحدهما بحقه ، فيصح ما لم يحجر عليه بديونه .

فــــرع قال المزنى : (وإن مات أحدهما انفسخت الشركة وقاسم الولى شريك الميت ، فإن كان الوارث بالغاً رشيداً فأحب أن يقيم على شركته كأبيه فجاز) وهو كما قال . قال الماوردى :

إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بمعنى بطل الإذن بالتصرف ، لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة . وإذا كان كذلك فلا يخلو أن يكون على المتوفى ديون ووصايا ، أو لا يكون عليه ديون ولا وصايا ، فإن لم يكن عليه ديون ولا وصايا فلا يخلو حال الوارث من أن يكون جائز الأمر أولا يكون جائز الأمر ـ فإن كان جائز الأمر بالبلوغ والرشد فهو بالخيار فى مال الشركة بين ثلاثة أشياء ، إما أن يتقاسم عليها فتمتاز حصته فيتصرف فيها ، وإما أن يترك المال مشتركاً على حاله من غير أن يأذن للشريك بالتصرف فيه ، وإما أن يقيم على الشركة ويأذن للشريك فى التصرف فيــه فيصير شريكاً له كما كان شريكاً لمورثه ، وأى هذه الثلاثة فعل كان له ذلك سواء فيه الحظ أو غيره ، لأن من جاز أمره نفذت عقوده وإن لم يكن فيها حظ له ، ويختار هذا الوارث إذا أحب المشاع على الشركة أن يعلم قدر المال الذى ورثه عن ميته قبل الإذن بالتصرف خوفاً من ظهور دين فيضار بالتركة ،

فيعلم قدره ليمتاز عما ملكه الوارث من زبحها الذى لا يتعلق بالذى له ، فإن لم يفعل جاز لأن التخوف من ظهور الدين ملغى باعتبار الأصل مستقرا فى الذمة . فإن قيل : فالشركة عقد فكيف يصح مع الجهل بقدر المال المعقود عليه ؟

قيل : إنما يلزم العلم بقدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال فى نصف أو ثلث أو ربع ولا يلزم معرفة وزن الاثنين ، فلو أن رجلين اشتركا ووضع أحدهما دراهم فى كفة ميزان ووضع الآخر بازائها واشتركا بها وأتجرا من دون أن يعلما وزنهما صحت الشركة للعلم بحصة كل واحد منهما فى الجملة ، كذلك الوارث فى التركة .

فرع وإن كان الوارث غير جائر التصرف إما بصغر أو جنون أو سفه فلوليه أن يفعل فى مال الشركة أحظ الأمور الثلاثة للوارث ، فإن كان أحظ الأمور له المقاسمة عليها قاسم ، ولم يجز أن يستديم الشركة ، وإن كان أحظها له أن يأذن بالتصرف أذن ولم يجز أن يقاسم ، وإن كان أحظها له أن يقيم على الاشتراك بالمال من غير قسمة ولا إذن بالتصرف فعل ، فإن عدل عن الأحظ إلى ما ليس فيه حظ كان فعله مردوداً .

فرع فإن كان على المتوفى دين فليس للوارث الرشيد ولا إلى ولى من ليس برشيد أن يأذن للشريك بالتصرف فى الشركة إلا بعد قضاء الدين كله ، سواء كان فيما سوى الشركة وفاء بالدين أم لا ، لأن الدين متعلق بجميع التركة ، وليس للوارث أن يتصرف فى شىء منها إلا بعد قضاء جميع الدين .

وإن كان المتوفى قد وصى بوصية فى تركته فإن كانت الوصية معينة فى شىء من التركة غير الدين جاز للوارث أن يتصرف فى التركة ، ويأذن للشريك بالتصرف فيها قبل وصول الوصية إلى أربابها ، لأن العين الموصى بها إن تعينت فهى المستحقة فى الوصية ، وإن تلفت فالوصية قد بطلت ، بخلاف الدين الذى لو بقى يسير من التركة صرف فيه ، وإن كانت الوصية لحر وما بقى فى جميعه مع التركة ، فلا يخلو أن يكون الموصى له معيناً أو غير

معين ، فإن كان معيناً صار بقبول الوصية شريكاً فى مال الشركة ، وكان له وللوارث الخيار فى المقاسمة أو المقام على الشركة ، وإن كان الموصى له غير معين فعلى الوارث مقاسمة الشريك إلى من تناولتهم الوصية .

فــــرع ولو جن أحد الشريكين أو حجر عليه لسفه بطلت الشركة ، وفعل الولى به أحظ الأمور له من القسمة أو المقام على الشركة ، لأن العقود الجائزة تبطل بالحجر .

فأما الاغماء فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادة ، كانت الشركة على حالها ، لأنه عرض قد يطرأ كثيراً . وإن كان الإغماء كثيراً حتى أسقط فرض صلاة واحدة ثم قضى وقتها بطلت الشركة .

فــــرع قال المزنى : وإذا اشــترى أحدهما بما لا يتغابن النــاس بمثله ، كان ما اشتراه له دون صاحبه ، ولو أجاز له صاحبه جاز ، لأن شراءه كان على غير ما يجوز عليه . وهذا صحيح .

قد ذكرنا أن الشريك فى شريكه جار مجرى الوكيل ، والغبن اليســير الذى قد جرت عادة الناس أن يتغابنوا بمثله معفو عنــه فى عقــده ، لأن الاحتراز منه متعذر .

فأما ما لا يتغابن الناس بمثله فغير معفو عنه ، فى بيع الوكيل والشريك وكل نائب عن غيره من وصى وأمين .

فإذا اشترى الشريك بما لا يتغابن الناس بمثله ــ لم يخل الشراء من أن يكون بعين المال أو فى ذمته فإن كان الشراء فى ذمته ــ كان لازماً له دون شريكه ، وإن كان الشراء بعين المال ، كان الشراء فى حق شريكه باطلا ، لخروجه عن موجب الإذن ، سواء أجاز الشريك أو لم يجزه ، لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح بالإجازة .

فأما الشراء فى حصة العاقد فعلى قولين من تفريق الصفقة :

(أحدهما) باطل ، والشركة فى المال على حالها .

(والثانى) جائز ، فعلى هذا تبطل الشركة فى قدر ثمن النصف لتميزه عن المال المشترك ، فتكون الشركة فيما سواه باقية .

فـــرع فأما إذا باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة مما لا يتغابن الناس بمثله ، كان البيع فى حصة الشريك الآخر باطلا ، لا يصح باجازته ، وهل يبطل فى حصة البائع ؟ على قولين :

(أحدهما) قد بطل ، والشركة فيه على حالها .

(والثانى) أن البيع يصح فى حصته ، وتبطل الشركة فيها لا غير ، ولا يكون الشريك ضامناً لحصة شريكه بالعقد ، فإن سلم ضمنها بالتسليم ، ولو كان مودعاً فباع ــ قال أبو إسحق : ضمن بالعقد ، وفرق بينهما بأن المودع غير مأذون له فى البيع ، فلم يتعد وهـذا عنـدى ليس بشىء ، لأن الشريك غير مأذون له فى بيع الغبينة كالمودع ، ولو كان مأذوناً فيه لذمة المالك فصار هو والمودع سواء فى أن لا يلزمهما الضمان عندى إلا بالتسليم، لأن فساد العقد يرفع حكم لفظـه ، وإنما يختلفـان فى ضـمانهما بالتملك لا بالعقد ، والمودع يضمن باخراجها من الحرز لتقليب المشـترى لهـا ، والشريك لا يضمن .

فـــرع قال المزنى : وإيهما ادعى فى يد صاحبه من شركتهما شيئاً فهو مدع ، وعليه البينة ، وعلى صاحبه اليمين ، وهذا صحيح .

إذا كان فى يد أحد الشريكين مال ، وادعى صاحبه أن ما فى يده من هذا المال هو من الشركة ، وادعى صاحب اليد ملكه لنفسه ، فالقول فيـه قول صاحب اليد مع يمينه ، إلا أن يقيم المدعى بينة ، لأن الشركة لا ترفع حكم اليد فى ثبوت الملك بها .

وهكذا لو اشترى أحد الشريكين عبداً فى ثمنه خلطة ، فادعى الشريك الآخر أنه اشتراه فى الشركة وادعى المشترى أنه اشتراه لنفسه لا فى الشركة، فالقول قول متولى الشراء مع يمينه ، لأن له أن يشترى لنفسه وإن كان شريكاً لغيره .

ولو اشترى عبداً حدث به نقص فذكر أنه اشتراه فى الشركة وأنكر الآخر أن يكون اشتراه إلا لنفسه ، فالقول فيه قول المشترى مع يمينه ، ويكون العبد فى مال الشركة .

فرع قال المزنى : وأيهما ادعى خيانة صاحبه فعليه البينة .
أما دعواه الخيانة فغير مقنعة حتى يصفها بما يصير خائناً بها ثم يذكر قدرها ، ففيم دعواها ، فإذا فعل ذلك وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن يقيم مدعى الخيانة بينة بما يدعيه ، لأنه أمين ، ولأنه برىء الذمة .

فرع قال المزنى : وأيهما زعم أن المال قد تلف بسبب وصفه أو لم يصفه فالقول قوله مع يمينه إذا كان ما ادعاه من التلف ممكناً لأنه أمين فتشابه المودع والوكيل ، فإن ذكر تلفه فى يوم من شهر بعينه ، وحلف عليه ثم شهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المال فى يده بعينه بعد ذلك اليوم الذى ادعى تلفه فيه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أن يمينه السالفة قد بطلت بهذه البينة الحادثة ، ويلزم غرم المال المشهود له ، لأن البينة العادلة أولى من يمينه .

(والوجه الثانى) وبه قال أبو الفياض : إن يمينه لا تبطل ، ولكن يسأل عن ذلك اليوم ، فإن ذكره مع يمينه الماضية لم يغرم ، وإن لم يبين غرم ، وعلى الوجه الأول يغرم بالبينة ولا يسأل .

فرع وإذا اشترى الشريكان سلعة وقبضاها فتلفت كان التلف من مالهما ، والثمن دين عليهما ، فإن دفعا الثمن من مال الشركة بطلت الشركة فى قدر الثمن المدفوع ، ولو تلف الثمن أيضاً قبل دفعه فى ثمن السلعة التالفة ، كان الثمن ديناً فى ذمتهما ، وللبائع أن يأخذ كل واحد منهما بحصته ، وليس له أن يأخذه بجميع الثمن إلا أن يكون ضامناً عن صاحبه ، فللبائع أن يأخذه بجميع الثمن لتفرده بالعقد ، فإذا أخذه منه ــ نظرت فإن أداه من مال الشركة ــ جاز ، ولا رجوع له ، وإن أداه من مال نفسه

ــ نظرت ، فإن فعل ذلك ، لأنه لم ينص من مال الشركة ما يؤديه فى ذلك الثمن ــ كان له الرجوع على شريكه بحصته منه . وإن فعل ذلك مع وجوه . فأما فى مال الشركة ففى رجوعه على شريكه وجهان :

(أحدهما) يرجع عليه بالنصف منه ، لأنه من موجبات الشركة .

(والوجه الثانى) لا يرجع لأن موجب الشركة أن يؤديه من مالهما فصار عدوله عنه إلى مال نفسه تطوعاً منه ، فلم يرجع به على شريكه .

فــــرع قال المزنى : وإذا كان العبد بين رجلين فأمر أحدهما صاحبه ببيعه فباعه من رجل بألف درهم فأقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الثمن وأنكر ذلك البائع وادعاه المشترى ، فإن المشترى يبرأ من نصف الثمن وهو حصة المقر ، ويأخذ البائع نصف الثمن من المشترى ، فيسلم له ، ويحلف لشريكه أنه ما قبض ما ادعاه ، فإن نكل حلف صاحبه واستحق الدعوى .
وصورة هذه المسألة فى عبد بين شريكين ، أذن أحدهما لصاحبه فى بيعه فباعه المأذون له على رجل بألف درهم ، ثم إن المشترى ادعى على البائع أنه سلم إليه الألف الثمن وأنكرها البائع وصدقه عليها الشريك الذى لم يبع ، فقد برىء المشترى بتصديق الشريك الذى لم يبع من حصته ، وذلك خمسمائة درهم ، لأنه معترف بقبض وكيله لها ، ثم القول قول الشريك البائع مع يمينه أنه لم يقبض ، فإذا حلف فله أن يرجع على المشترى بحصته وهى خمسمائة درهم يختص بها ، ويحلف لشريكه بالله أنه ما قبض من حصته من المشترى ، لأن قول الشريك الذى لم يبع قد تضمن إقراراً على نفسه .

فــــرع قال المزنى : ولو كان الشريك الذى باعه هو الذى أقر بأن شريكه الذى لم يبع قبض من المشترى جميع الثمن وأنكر ذلك الذى لم يبع ، وادعى ذلك على المشترى ، فإن المشترى يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض لأنه فى ذلك أمين ، ورجع البائع على المشترى بالنصف الباقى فيشاركه فيه صاحب الفضل .

وصورتها كالمسألة الأولى فى العبد المشترى إذا باعه أحد الشريكين بإذن صاحبه ، إلا أن المشترى فى هذه المسألة يدعى تسليم الثمن إلى الشريك

الذى لم يبع ويصدقه عليه الشريك الذى باع وينكر من لم يبع أن يكون مأذوناً له أذن أحد الشريكين لصاحبه أم لا ، فإن كان مأذوناً له أذن كل واحد منهما لصاحبه ، فالجواب فيه على ما مضى فى المسألة الأولى من براءته من نصف الثمن فيه ، ويكون القول قول من لم يبع مع يمينه بالله أنه ما قبض وله الرجوع على المشترى بحصته على ما وصفنا من قبل سواء .

وإن كان غير مأذون له فى القبض فالقول قوله مع يمينه بالله أنه لم يقبض ، ثم لا يبرأ المشترى من شىء ، لأن البائع وإن صدقه على تسليم حقه إلى شريكه فقد سلمه إلى غير مستحقه ، ثم قد بطلت وكالة البائع فى حق الذى لم يبع ، لأن إقرارهما عليه بالقبض يتضمن إبطال وكالته فيه ، وعلى المشترى أن يسوق إليهما ألفاً : خمسمائة إلى البائع وخمسمائة إلى الذى لم يبع ، فإن ابتدأ ودفع إلى الذى لم يبع خمسمائة لم يكن للبائع أن يشارك فيها ، لأنه مقر أن المشترى مظلوم بها ، وإن ابتدأ المشترى ودفع إلى البائع خمسمائة كان للذى لم يبع أن يشاركه فيها إن شاء ، وله أن لا يشاركه فيها ، ويرجع على المشترى بكل حصته إن شاء .

فإن أحب أن يرجع على المشترى كان له ذلك ، ويكون المشترى دافعاً لألف ، خمسمائة منها إلى البائع وخمسمائة إلى الذى لم يبع ، وإن أحب أن يشاركه البائع فيما أخذ فذلك له ، لأن المال مشترك لم يقتسما عليه ، والبائع غير مصدق على شريكه فى إبطال الشركة فيه ، فإذا أخذ من البائع نصف ما أخذه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة فله أن يستوفى من المشترى تمام حقه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة وليس للبائع بعد رجوع شريكه عليه بنصف ما أخذه أن يرجع على المشترى به ، لأنه مقر باستيفاء ما عليه ، وإن لم يؤخذ منه بعد ذلك بحكم فيصير المشترى غارماً بسبعمائة وخمسين منها خمسمائة دفعها إلى البائع فشاركه فيها الذى لم يبع ، ومائتان وخمسون دفعها إلى الذى لم يبع ، كانت شهادته عليه مردودة لأنه فيها متهم لما يدفع عن نفسه من رجوع شريكه عليه فيما يأخذه .

فـــرع فأما المزنى فإنه نقل فى هذه المسئلة أن المشترى إذا صدقه البائع فى دفع الألف إلى الذى لم يبع أنه يبرأ من خمسمائة كالمسئلة الأولى ،

فاختلف أصحابنا فى نقله هذا الجواب ، وكان أبو إسحاق المروزى ينسبه إلى الغلط ، وأنه نقل جواب محمد بن الحسن فيها ، لأن من مذهبه أن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول فكان غلطا من المزنى وسهواً .

وقال أبو على ابن أبى هريرة : النقل صحيح والجواب مستقيم ، وتأويله أن المشترى يبرأ من خمسمائة فى مطالبة البائع بها لبطلان وكالته فيها ، ولا يبرأ فيها فى حق من لم يبع ، فكان جوابه فى براءة المشترى محمولا على هذا التأويل .

والذى عندى أن نقل المزنى صحيح ، وأن براءة المشترى من النصف براءة تامة ، غير أن مسئلة المزنى محمولة على الشريكين المأذون لكل واحد منهما من صاحبه فيبرأ المشترى باقرار كل واحد من الشريكين على صاحبه بالقبض سواء كان بائعاً أو غير بائع ، وإذا أمكن حمل جوابه على الصحة ، فلا وجه لتخطيئه فيه كما فعل أبو إسحاق ، وإذا أمكن إبراء المشترى منهما فلا وجه لحمله على إبطال الوكالة فيها كما فعل ابن أبى هريرة .

فــرع إذا كان العبد بين رجلين فغصب رجل حصة أحدهما ثم إن الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل ، فالبيع جائز فى نصيب الشريك ، ولا يجوز بيع الغاصب ، ولو أجازه المغصوب لم يجز إلا بتجديد البيع فى معنى قول الشافعى . وهذا صحيح .

فإذا كان عبد مشترك بين نفسين غصب رجل حصة أحدهما ، ثم اتفق الغاصب والشريك الآخر على بيع العبد صفقة على رجل كان البيع فى الحصة المغصوبة باطلا ، لأنه باعها من لا يستحق بيعها بملك ولا نيابة ، فلو أجازهما المالك لم يصح البيع فيها إلا بتجديد عقد عليهما ، لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح بالاجازة ، وأما البيع فى حصة الشريك الآخر فجائز قولا واحداً ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن العقد من الأثنين فى حكم العقدين المفردين ، وإذا انفرد العقدان لم يكن فساد أحدهما موجباً لفساد الآخر ، ولكن لو أن الغاصب وكل الشريك فى بيعه فانفرد الشريك ببيع جميعه أو كان الشريك قد وكل الغاصب فى بيع حصته ، فانفرد الغاصب ببيع جميعه ،

كان البيع في الحصة المغصوبة باطلا وهل يبطل في حصة الشريك المملوكة ؟ على قولين من تفريق الصفقة .

فــــرع وإن أقر أحد الشريكين أنه باع وقبض الثمن وتلف في يديه وهو مأذون له فأنكر شريكه البيع أو القبض فهل يقبل قول المأذون له ؟ فيه قولان نذكرهما في الوكالة إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفســه عن التصرف اذا شاء ، لأنه وكيل ، وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه لأنه وكيله ، فيملك عزله فاذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف ، لأنهما وكيلان ، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر ، فان قال أحدهما : فسخت الشركة انعــزلا جميعا ، لأن الفسخ يقتضى رفع العقــد من الجانبين فانعــزلا ، وان ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة ، لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة ، وان جنا او احدهما ، أو أغمى عليهما أو على أحدهما ، بطل لأنه بالجنون والاغمــــاء يخرج عن ان يكون من أهل التصرف ولهذا تثبت الولاية عليه في المال ، فبطل العقد كما لو مات ، والله أعلم » .

الشرح الأحكام : إذا اشتركا وأذن كل واحد منهــما لصــاحبه بالتصرف ثم عزل أحدهما صاحبه عن التصرف في نصيبه أو عزل أحدهما نفسه عن التصرف في نصيب شريكه كانت الشركة باقيــة إلا أن المعــزول لا يتصرف إلا في نصيب نفسه مشاعا ولا ينعزل الآخر عن التصرف في نصيب صاحبه ما لم يعزله صاحبه ، أو يعزل نفسه ــ أي ينحيها عن التصرف ــ لأن تصرف كل واحد منهما في نصيب شريكه بالإذن ، فإذا عزله المالك أو عزل نفسه انعزل ، وإن عزل كل واحد منهما صاحبه ، أو قال أحدهما : عزلت نفسي عن التصرف في نصيب شريكي وعزلته عن التصرف في نصيبي انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه ، ولا تبطل الشركة بذلك .

وإن قال أحدهما : فسخت الشركة انعزل كل واحد منهما عن التصرف في نصيب شريكه ، لأن ذلك يقتضى العزل من الجانبين ولا يبطل الاشتراك ، وإن اتفقا على القسمة قسم ، وإن اتفقا على البيع أو التبقية كان لهما ذلك

فإن دعا أحدهما إلى البيع والآخر إلى القسمة أجيب من دعا إلى القسمة كالمال الموروث بين الورثة وإن جن أحدهما أو أغمي عليه انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب الآخر ، لأن الإذن عقد جائز فبطل بالجنون والإغماء كالوكالة .

فــرع وبالجملة فإذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقى منهما عن التصرف فى نصيب الآخر لأن الإذن عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة .

فــرع فإن لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشىء ، أو كان الوارث بالغاً رشيداً فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الآخر فى التصرف ، ويأذن الشريك له ، وله أن يقاسم لأن الحق لهما فكان لهما أن يفعلا ما شاءا .

قال الشيخ أبو إسحاق : غير أن الأولى أن يقاسمه ، وإن كان الحظ فى الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد ، ، وإن كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه إلى وليه ، فإن كان الحظ فى الشركة لم يجز له أن يقاسمه ، وإن كان الحظ فى القسمة لم يجز له أن يقيم على الشركة ، لأن الناظر فى مال المولَّى عليه لا ينفذ تصرفه فيه إلا فيما له حظ . وسواء إن كان المال نقداً أو عرضاً فإن الشركة تجوز ، لأن الشركة إنما لا تجوز ابتداء على العروض ، وهذا استدامة للشركة وليس بابتداء عقد ، وإن مات وعليه دين لم يجز للوارث أن يأذن فى التصرف بمال الشركة ، لأن الدين يتعلق بجميع المال فهو كالمرهون ، فإن قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه ، وهكذا إذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له فى التصرف فيما بقى ، فإن أوصى بثلث ماله أو بشىء من مال الشركة ــ فإن كانت الوصية لمعين ــ كان الموصى له شريكا كالوارث ، وله أن يفعل ما يفعل الوارث .

وإن كانت الوصية لغير معين لم يجز للوصى الإذن للشريك فى التصرف ، لأنه قد وجب دفعه إليهم ، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم ، فإن كان قد أوصى بثلث ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يجز

له ذلك لأن الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه ، فلا يجوز أن يعطوا من غيره.

عرض سريع لأقوال العلماء فى مسائلها

والنظر فى الشركة فى أنواعها وأركانها الموجبة للصحة فى الأحكام ، فنذكر ما أتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف بينهم فيه فإذا كانوا قدقسموا الشركة التقسيمات التى مر بنا تفصيلها وهى العنان ، والأبدان ، والمفاوضة ، والوجوه . فواحدة منها متفق عليها ، ولم يختلف أحد حولها ، وأجمعوا على حلها تلكم هى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، ولكنه يعرف فحواه ومراميه التى أطلقوا عليها هذا اللفظ . وإن كانوا قد اختلفوا فى بعض شروط شركة العنان على ما سترى فى هذا العرض ؛ والثلاثة الأخرى مختلف فيها ، ومختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

أركان شركة العنان المتفق على جوازها

وهى ثلاثة أركان . الركن الأول محلها من الأموال .

الركن الثانى فى معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه .

الركن الثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

الركن الأول

والركن الأول وهو محل الشركة ، فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه . فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدراهم ، وإن كانت فى الحقيقة بيعاً لا تقع فيه مناجزة .

ومن شروط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة ، لكن الاجماع خصص هذا المعنى فى الشركة .

وكذلك أتفقوا على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة . واختلفوا فيها ــ أعنى الشركة ــ بالعرضين المختلفين ، وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوى إذا كان صنفاً واحداً . ومن ثم فها هنا ثلاث مسائل .

المسئلة الأولى

فأما إذا اشتركا فى صنفين من العروض ، أو فى عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم المالكى وهو مذهب مالك رضى الله عنه ، وقد أفاد ابن رشد أنه قيل عنه أنه كره ذلك ، وسبب الكراهة اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كان كل واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من عرض صاحبه الآخر ، ومالك رضى الله عنه يعتبر فى العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم وليست الأثمان . فى حين أن الشافعى رضى الله عنه يقول : لا تنعقد الشركة إلا على أثمان العروض ، وحكى أبو حامد الاسفرايني أن ظاهر مذهب الشافعى يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير . قال : والاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

المسئلة الثانية

وإن كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما ، والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف فى ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم المالكى ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

المسئلة الثالثة

وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم المالكى قياساً على إجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها

مالك فى أحد قوليه ، وهو المشهور بعدم المناجزة ، الذى يدخل فيه ، إذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع ، وقد قيل : إن وجه الكراهة عند مالك لذلك ، أن الشركة تفتقر إلى الاستواء فى القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء فى الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل ، وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك .

فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة ، واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط أو لا يختلط ، فقال مالك : إن من شرط مالى الشركة أن يختلطا إما حساً ، وإما حكماً ، مثل أن يكونا فى صندوق واحد ، وأيديهما مطلقة عليهما .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطاً لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده ، فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ، ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف فى المال ، والشافعى اشترط إلى هذين الاختلاط ، والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

الركن الثانى

فأما الركن الثانى وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعاً لرءوس الأموال ، أعنى إن كان الأصل فى مالى الشركة متساويين ، كان الربح تابعاً لرءوس الأموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين .

واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان فى الربح ؟ فقال الشافعى ومالك رضى الله عنهما : ذلك لا يجوز .

وقال أهل العراق وأصحاب الرأى : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم

يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله ، وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين ، أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة ، وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز فى القراض أن يكون من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان فى الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال ، إذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك ، والشافعى يرى عمل الشريك تبرعاً منه ، وإلا أخذ أجرة المثل ، ولا يكون العمل ضارباً بنصيب فى الربح أو فى وظائف الشركة .

الركن الثالث

وأما الركن الثالث وهو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال ، فلا يعتبر بنفسه . وهو عند أبى حنيفة يعتبر من المال ، وأظن أن من أصحابنا من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتاً إلى العمل ، فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو ، فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه ، أعنى دراهم أو دنانير ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

شركة المفاوضة عند من يقول بها

اختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة رضى الله عنهما بالجملة على جوازها ، وإن اختلفا فى بعض شروطها .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يجوز ، ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف فى ماله ، مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات ، وعمدة الشافعى أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ، وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة .

وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده .

وأما الشافعى فإنه يرى أن الشركة ليست هى بيعاً ووكالة .

وأما أبو حنيفة فهو هنا على أصله فى أنه لا يراعى فى شركة العنان إلا النقد فقط ، وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شروط المفاوضة التساوى فى رءوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ، وقال أبو حنيفة : لا يكون لأحدهما شىء إلا أن يدخل فى الشركة ، وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالين ، وتعميم ملكهما .

شركة الأبدان عند من يقول بها

وشركة الأبدان بالجملة جائزة عند مالك وأبى حنيفة ، ومنع منها الشافعى رضى الله عنهم ، وعمدة الشافعى أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه ، وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل ، وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ، ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما .

وأيضاً فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

وأما الشافعى فإن المفاوضة عنده خارجة عن الأصول ، فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجاً عن الشركة . ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ، وقال أبو حنيفة وأحمد : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، ومع اتفاقهما أو اختلاف المكان ، وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل .

شركة الوجوه عند من يقول بها

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة . وقال أبو حنيفة : هى جائزة ، وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ، ولا مال ، وعمدة مالك والشافعى فى ذلك أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان فى هذه المسألة مع ما فى ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص .

وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة . أفاده ابن رشد حيث قال :

القول فى أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة ، أى لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى عقد غير موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا فى العيال ، ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ، ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما .

ولما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد ، وينكره القابض فإنه يضمن ، لأنه قصر إذ لم يشهد . وله أن يقبل الشىء المعيب فى الشراء وإقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز .

وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ، ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة قال : وفروع هذا الباب كثيرة .

مسائل حول الشركة

مسائل حول الشركة : لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد ، إذا قلنا : إن الآلة تؤجر بأجر معلوم ، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل ، وبهذا لا يكون صاحب الشبكة شريكا فى حصيلة الصيد ، فإذا قلنا : إن الآلة لا تؤجر ، وإن الصياد قد لا يجد سمكا يحصل فى شبكته فمن أين يأتى بأجر الشبكة وليس لها أجر مثل معلوم فى حين أن أجر الصياد معلوم ؟ قضينا بأن صاحب الشبكة له الصيد كله وللصياد أجر مثله على صاحب الشبكة . لأن الربح تابع للمال وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان جائز على ما شرطاه لأنها عين تنمى بالعمل ، فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض التى دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود فى خيبر أن يعملوا فيها على الشطر .

الشركات التى تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل فى أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدرار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها . ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الأرض ووسائل استثمار خاماتها وخيراتها: ولو أن المسلمين فقهوا دينهم والتزموا فى سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة لدانت لهم الأرض ولبرعوا فى شتى علومها الدنيوية وفنونها الحيوية . ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للعناء . وقد عرفنا أن احتلال الكفار للهند وأندونيسيا ومليزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المتاجرة واستغلال الأرض حتى انقلبت إلى سيطرة على المسلمين ، وكذلك فعل اليهود فى فلسطين . فقد بدأوا بعمل شركات وجلبوا لها خبراء وعمالا فنيين ، ثم اتسعوا فى ذلك حتى ابتلعوا ديار المسلمين وأرضهم وأموالهم ، وصاروا خطراً جاثما على أنفاسنا ومقدراتنا ، فليتنا تتنبه إلى

خطر الترخص فى معاملة غير المسلمين ، والله الموفق للصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

شركة الأموال وشركة العقود

عند الحنفية نقلا عن الشيخ الجزيرى

وقالت الحنفية : إن شركة الملك هى إحدى الشركتين المباحتين حيث تستوعبان صور الشركات المباحة جميعاً ، وهما شركة الملك وشركة العقود ولنأت على الأولى منهما وستأتى على الأخرى فى مظانها من الفصول التالية إن شاء الله .

فأما شركة الملك فمثالها أن يشترك اثنان فأكثر فى ملك عين من غير عقد ، وهى إما شركة جبر كأن يجتمع شخصان فأكثر فى ملك عين قهراً كما إذا ورثا مالا أو اختلط مالاهما قهراً بحيث يستحيل تمييزهما أو إفراز حق كل منهما أو يشق افرازهما كاختلاط فول بترمس أو قمح بشعير .

وإما شركة اختيار كأن يختلط مالاهما باختيارهما أو يشتريا عينا بالاشتراك ، أو يؤول لهما مال بالوصية فيقبلاه ، وركن هذه الشركة ــ اعنى شركة الملك ــ اجتماع النصيبين ، فمتى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر تحققت شركة الملك ، وفيها مسائل :

(إحداها) إذا اشترك اثنان فى ملك أرض زراعية وغاب أحد الشريكين فإن للآخر أن يزرع الأرض كلها إذا كان الزرع ينفعها ، فإذا حضر الغائب فى هذه الحالة فله أن ينتفع بالأرض كلها بقدر المدة التى انتفع فيها شريكه ، لأن الشريك الغائب يرضى بما ينفع أرضه عقلا ، وإن لم يأذن فى الزرع ، وله الحق فى أن ينتفع كما انتفع شريكه (قالوا : هذا هو الذى عليه الفتوى) ثم قالوا : إذا كان الزرع يضر الأرض ، أو كان تركها بدون زرع أنفع لها لكونه يزيد فى قوتها فليس للحاضر أن يزرع شيئاً أصلا ، فإذا زرعها فى هذه الحالة يكون حكمه حكم الغاصب ، فإذا حضر الغائب حينئذ ولم يقر الزرع وأراد قلعه كان له أن يقسم الأرض ويأخذ نصيبه منها ، ويقلع الزرع الذى

بها كما يريد ، وليس له الاعتراض على ما وقع فى نصيب شريكه من الزرع ، وعلى من زرع أن يدفع لشريكه أرش النقص الذى أصاب أرض شريكه بزرعها لأن يده يد غاصب لنصيب شريكه .

هذا إذا كان زرعاً يصح قلعه أما إذا كان قد انعقد حبه ونضج ثمره واستوى فإن على الزارع أن يؤدى أرش نقصان الأرض ويأخذ زرعه ويجنى ثمرته .

(ثانيها) : إذا اشترك أثنان فى السكنى فى دار وغاب أحدهما فإن لشريكه أن يستعمل كل الدار فى سكنه إذا كان ذلك الاستعمال ينفعها ، ولم يؤد الترك إلى خرابها ، أما إذا لم يفض الأمر إلى ذلك فإن للحاضر أن يستعمل ما يخصه منها فقط ، بأن يقسم حجرها أو شققها ، وأن يسكن فيما يخصه ، أو يسكن مدة ويتركها مدة أخرى بنسبة نصيبه فيها .

إذا ثبت هذا فإن كل تصرف يقع من الشريك الحاضر فى مصلحة نصيب الغائب فإنه ينفذ ، وكل تصرف يضر به لا ينفذ ، ويكون الحاضر غاصباً بالنسبة لنصيب الغائب ، فيجب على الشريك الحاضر أن يتوخى ما ينفع شريكه مجتهداً فى ذلك قدر طاقته ثم إذا سكن أحد الشريكين كان عليه صيانتها وعمارتها كلما حدث بها عطب أو قشور .

(ثالثها) إذا خلط أحد الشريكين ماله بمال الآخر برضاه كما إذا كان لكل منهما صبرة من القمح فاتفقا على خلطها أو اختلط مال أحدهما بمال الآخر بدون إرادتهما كما إذا وضع كل منهما قمحه فى مخزن ملاصق للآخر فسقط الحاجز فاختلطا فإنه فى هذه الحالة لا يصح لكل منهما أن يبيع نصيبه بدون إذن الآخر ، وذلك لأنه فى هذه الحالة يكون كل منهما مالكاً لكل حبة من حبات قمحه كاملة فلا يصح أن يبيع مشاعاً إلا بعد الفرز والقدرة على تسليمه بخلاف ما لو ورث اثنان قمحاً فإن كلا منهما يملك نصيبه فى الجميع شائعاً بدون إذن ، أما إذا خلط أحدهما قمحه بقمح الآخر بدون علمه فإن للذى خلط أن يبيع الجميع ، لأنه بالخلط ملك نصيب الآخر ، وصار ضامناً له بالمثل لأنه متعد .

(رابعها) إذا اشترك اثنان فى بناء دار مثلا ــ فلا يخلو ــ إما أن تكون الأرض ملكاً لهما معاً أو تكون ملكاً لأحدهما دون الآخر ، او تكون ملكا لأجنبى دونهما ، فإن كانت ملكاً لهما فإنه لا يصح لأحدهما أن يبيع نصيبه فى البناء لأجنبى مطلقاً سواء أذن شريكه أو لم يأذن ، وذلك لأن للبائع فى هذه الحالة أن يطلب من المشترى هدم البناء وإخلاء أرضه منــه إذ ليس للمشترى سوى الأنقاض ، وذلك الهدم يضر بالشريك الآخر .

ومثل ذلك ما إذا كان البناء لشخص أن يبيع نصفه لأن المشترى يطالب بالهدم ليأخذ الأنقاض التى اشتراها فيلحق الضرر بالبائع فيكون البيــع فاسداً ، وهل يصــح للشريك أن يبيــع نصف حصــته فى البناء لشريكه أو لا خلاف .

فقيل : يجوز ، وقيل : لا ، لأنه فى هذه الحالة يصح للبائع أن يطلب من شريكه الذى اشترى هدم ما اشتراه كى يخلى له الأرض وفى ذلك ضرر .

أما إذا كانت الأرض ملكاً لأحدهما دون الآخر ، فإنه لا يصح لأحدهما أن يبيع نصيبه من الأجنبى ، لما فى ذلك الذى ذكر وهو أن المشترى يطلب الهدم فيضر الشريك الآخر ، ويصح لأحدهما أن يبيع لشريكه بلا خلاف ، سواء كان المشترى هو الذى يملك الأرض أو الذى لا يملكها ، وذلك لأن الذى لا يملك ليس له حق البناء ، ولكن الذى يملك أباحه إياه ، وما كان بطريق الإباحة فإنه يصح إزالته ، فإذا كان البيع لصاحب الأرض فالأمر ظاهر ، وإذا كان لغيره فإنه يصح له أو للمالك إزالته ، لأنه عرضة للإزالة .

أما إذا كانت الأرض ملكاً لغيرهما ، كأن كانت مستعارة أو مستأجرة أو مغصوبة أو موقوفة ثم اشترك اثنان فى البناء عليها فإنه لا يجوز لأحدهما بيع نصيبه من أجنبى ، لأن للمشترى هدم البناء ليستولى على الأنقاض التى اشتراها ، وفى ذلك ضرر بالشريك ، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه لشريكه إذا لم يترتب على ذلك ضرر ، كما إذا استعار شخصان أرضاً مدة معينة واشتركا فى البناء عليها ثم مضت المدة ، فإن لأحد الشريكين أن يبيع نصيبه للآخر ، لأنه لا يملك مطالبته بالهدم لأنها ليست أرضه ولا علاقة له بهــا ،

ومثل ذلك ما إذا كانت مستأجرة لمدة وقد انتهت تلك المدة بخلاف ما إذا كانت مدة الإجارة لم تنته فإنه لا يجوز البيع للشريك أيضاً ، لأنه يصح للبائع المستأجر أن يطالب بالهدم ليستلم الأرض المؤجرة له إلا إذا أجره نصيبه قبل البيع . وأما الأرض المغصوبة فإنه يصح بيع كل واحد نصيبه لصاحبه وللأجنبى لأن البناء الذى عليها غرض للهدم فى أى وقت .

وأما الأرض الموقوفة فإذا اشترك اثنان فى البناء عليها بعد تحكيرها مدة طويلة على رأى من يقول بجواز الحكر زمناً طويلا فإنه يصح لكل منهما أن يبيع نصيبه للأجنبى والشريك ، لأن المشترى يحل محل البائع فى تحكير الأرض وفى نصيبه من البناء ، فلا ضرر فى ذلك على الشريك . وكذا لو باع نصيبه قبل التحكير ثم حكرت الأرض فإن البيع ينقلب صحيحاً لزوال علة الفساد وهى الضرر الذى يترتب على الهدم .

(خامسها) إذا اشترك اثنان فى شىء لا يمكن قسمته كحمام وسفينة وبئر وآلة سقى أو آلة طحن أو غير ذلك مما تضيع منفعته بالقسمة ثم احتاج لتعمير فأراد أحد الشريكين تعميره فامتنع الآخر ، فإنه يصح له أن يعمره قبل أن يرفع الأمر للقاضى ، لأن القاضى سيجبر الممتنع عن العمارة ، فليس من المصلحة أن يتسرع ويستبد بالعمل بدون إذن القاضى مادام موقناً بأن القاضى سيلزم الشريك بالتعمير ، فإذا أمر القاضى بالتعمير ولم ينفذ عجزاً أو تعنتاً فإن القاضى يأذن من يريد التعمير بالعمل ويمنع الشريك من الانتفاع بالعين حتى يؤدى قسطه من التعمير ــ على المفتى به عندهم ــ وهكذا فى كل شىء لا يمكن قسمته فإن على القاضى أن يجبر الممتنع من شريكه ، فإذا عمل أحدهما بدون إذن صاحبه أو أمر القاضى كان متطوعاً لا يرجع بشىء مما أنفقه .

أما إذا اشتركا بشىء يقبل القسمة فهو على وجهين :

(الأول) أن يكون أحد الشريكين مضطرا فى تعميره إلى الشريك الآخر كما إذا اشترك اثنان فى بناء على أن لأحدهما الطابق الأعلى وللآخر

الطابق الأسفل ، واحتاج الطابق الأعلى إلى ردم فإنه ـ وإن كان لكل منهما قسم مستقل به ولكن ـ أحدهما مرتبط بالآخر فى التعمير .

وحكم هذا أن القاضى لا يجبر الشريك على التعمير ، فإذا عجز صاحب العلو من تلقاء نفسه وأنفق على الأسفل ما يحتاج إليه كان له حق الرجوع بما أنفقه فى آخر الأمر .

ومثل ذلك كل ما يقبل القسمة ويكون أحد الشريكين مرتبطا بالآخر فى العمل ارتباطاً قهريا كحائط بين اثنين عليها سقف كل منهما فإذا انهدمت وكانت هذه الحائط تقبل القسمة بأن كان أساسها عريضاً ويمكن قسمته بحيث يأخذ أحد الشريكين نصفه ويترك النصف الآخر أو إذن القاضى فإن له حق الرجوع بما أنفقه لأن الشريك الممتنع لا يجبر على البناء فى هذه الحالة لأنه يمكن قسمة الحائط . ويجبر على القسمة إذا طلبها الشريك على المفتى به فإذا كانت ضيقة لا تقبل القسمة فإنها تكون القسم الأول وهو ما يجبر فيه القاضى الشريك على التعمير فلا يصح له حينئذ أن يرفع الأمر للقاضى .

(الوجه الثانى) أن لا يكون أحد الشريكين مضطراً فى التعمير إلى الشريك الآخر كما إذا اشتركا فى دار يمكن قسمتها وتخربت فإن لكل منهما حق قسمتها فإذا انفرد أحدهما بتعميرها من غير إذن الآخر كان متطوعاً وضاع عليه ما أنفقه فى نصيب شريكه واعلم أن القاضى لا يجبر الشريك على التعمير إلا فى ثلاثة أمور :

الأول : أن يتعذر قسمة العين المشتركة بينهما .

الثانى : أن يكون الشريكان صغيرين ولكل واحد منهما وصى فاذا اشترك صغيران فى حائط محمول عليها سقف كل منهما ثم اختلت فأراد أحد الوصيين بناءها وامتنع الآخر ، فإن القاضى يجبر الممتنع سواء كانت الحائط تقبل القسمة أو لا ، بخلاف ما إذا كان الممتنع كبيراً فإن القاضى لا يجبره إذا كانت تقبل القسمة لأن الكبير يعرف الضرر ورضى به . أما الصغير فلم يعرفه وأراد الوصى إدخاله عليه فالقاضى يجبره فى هذه الحالة ، فإذا كانت الشركة

بين صغير وكبير وكان الضرر يلحق الكبير فإن وصى الصغير لا يجبر أما إذا كان يلحق الصغير فإنه يجبر .

الثالث : أن يكون الشريكان ناظرين على منزل موقوف واختل بناؤها فأراد أحدهما تعميره وامتنع الآخر فإنه يجبر على التعمير من مال الوقف ـ على ما عليه الفتوى ـ فإذا كانت الشركة فى دار بعضها موقوف وبعضها مملوك ، وكان الضرر عائداً على الوقف فإن ناظره يجبر . أما إذا كان عائداً على الملك فإنه لا يجبر .

أما شركة العقود وهى التى تنقسم إلى أبدان وعنان ووجوه وقد أتينا عليها آنفاً والله تعالى أعلم .

الاعلام والعلاقات العامة
فى شركة المفاوضة عند المالكية

إن شركة المفاوضة لا يفسدها انفراد أحد الشريكين بشىء مما يعمل فيه لنفسه على حدة إذا استويا فى عمل الشركة ، وله أن يتبرع إن استألف به ـ يعنى سعى لتأليف مشاعر الناس نحو الشركة ليكثر بذلك حرفاؤها والمتعاملون معها ـ أو خف ، كاعارة آلة ودفع كسرة ويبضع ويقارض ويودع لعذر وإلا ضمن ، ويشارك فى معين ويقيل ويولى ويقبل المعيب ـ وإن أبى الآخر ـ ويقر بدين لمن يتهم عليه ويبيع بالدين لا الشراء به .

وبالجملة فإن أحد شريكى المفاوضة يجوز له من غير إذن شريكه أن يتبرع بشىء من مال الشركة من هبة ونحوها بشرط أن يفعل ذلك استئلافاً للشركة ليرغب الناس فى الشراء منه ، وكذلك يجوز له أن يتبرع بشىء خفيف من مال الشركة ولو بغير استئلاف كاعارة آلة كماعون ودفع صدقة صغيرة لسائل ككسرة أو شربة ماء أو غلام لسقى دابة . والكثرة والقلة بالنسبة لمال الشركة ، وكذلك يجوز له أن يبضع من مال الشركة ، أى يدفع مالا لمن يشترى به بضاعة من بلد كذا كان بأجرة أم لا ، لكن إن كانت بأجر تسمى بضاعة بأجر ، وكذلك يجوز له المقارضة أى يدفع مالا من مال الشركة

قراضاً لشخص يعمل فيه بجزء من ربحه معلوماً ، وقيد اللخمى من أصحابهم ــ أعنى المالكية ــ كلا منهما بما إذا كان المال واسعاً يحتاج فيه إلى مثــل ذلك ، وكذلك يجوز له أن يشارك شخصاً فى شىء معين من مال الشركة محل خوف بغير إذن شريكه ، فإن أودع لغير عذر وتلف المال فإنه يضمن ، بغير إذن شريكه ، وكذلك يجوز له أن يودع مال الشركة لعذر ، كنزوله فى وسواء كان المال واسعاً أم لا ، فقيد العذر ويرجع للايداع فقط ــ كما فى المدونة وكذلك يجوز له أن يشــارك شــخصاً ببعض مال الشركة بحيث لا تجول يد من يشاركه فى مال الشركة والمراد بالمعين الذى ذكرناه آنفــاً فيما يجوز له أن يشارك عليــه من غير إذن شريكه أن يشــارك ببعض مال الشركة بحيث لا تجول يد من يشاركه فى مال الشركة ولو شارك فى ذلك البعض مفاوضة .

ويجوز أن يقيل من شىء باعه هو أو شريكه من مال المفاوضة بغير إذن شريكه ، لأن كلاً وكيل عن صاحبه ، وكذلك يجوز أن يولى غيره ســلعة اشتراها هو أو صاحبه بما وقع به البيع بغير إذن شريكه ما لم يكن محاباة ، فيكون كالمعروف لا يلزمه إلا ما أجر به نفعاً للتجارة وإلا لزمه قدر حصته منه ، وإقالته خوف عدم الغريم ونحوه من النظر .

وكذلك يجوز أن يقبل سلعة ردت عليه أو على شريكه بعيب بغير إذن شريكه ، وكذلك يجوز له أن يقبل سلعة ردت عليه أو على شريكه بعيب بغــير إذن شريكه ، وكذلك يجــوز له أن يقــر بدين من مال الشركة لمن لا يتهم عليه ، ويلزم ذلك شريكه .

وأما إقراره لمن يتهم عليه فإنه لا يجوز كالصديق الملاطف وما أشــبه ذلك ، وكذلك يجوز له أن يبيع بالدين ــ أى يبيع بثمن معلوم إلى أجــل معلوم . وأما الشراء بالدين فى شىء غير معين فلا يجوز لأحدهما ولا لهما ، لأنها شركة ذمم وبعبارة لا الشراء به ، لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن ، لأن ضمان الدين من المشترى ككتابة وعتق على مال وإذن لعبد فى تجــارة أو مفاوضة .

(وبعد) فهذه أوضاع الشركات ومنها شركات التأمين التى سبق بحثها باستفاضة .. والقوانين الوضعية قد أباحت طرق الكسب التى تجرى على مثل هذه الأوضاع مادام يتفق عليه المتعاقدان ، والاتفاق شريعة المتعاقدين فى نظر هذه القوانين ..

لكن الشريعة الإسلامية لها أوضاعها وأحكامها الخاصة .. وقد قيدت أنواع المعاملات بين الناس بشروط لا يسوغ الاخلال بها ، أو الاتفاق على خلافها .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تقر أى اتفاق أو تعاقد بين اثنين إذا كان مخالفا للنظام العام ، فأحكام الشريعة الإسلامية المقصود بها التعامل بين الناس جميعا يجب ملاحظة أنها من النظام العام الذى لا يجوز الاخلال به أو الاتفاق على خلافه .. والله أعلم ..

شركة المقاولة

هى من الشركات التى يمكن أن تدخل فى عقد الوكالة إذ أن المقاول ـ وهو من تبادل القول ـ يقوم مقام صاحب العين فى إقامة المنشئات التى تعاقد عليها المقاول مع مالك العين أو شركة المقاولة مع المالك إذ قد يكون من عقود الوكالة لأنه ينوب عنه فى استلام الحصص المقررة له من الاسمنت والحديد وما إليهما أو من عقود الجعالة كأن يقول المالك إن عملت لى كذا أعطيتك جعلا قدره كذا وسيأتى له بحث فى الوكالة إن شاء الله ويسميه الحنفية (عقد الاستصناع) .

فرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم : ذهبت المالكية إلى جواز الشركة مع اختلاف رأس المال كأن يكون بعين وبعرض وبعرضين مطلقاً اتفقا جنسا أو اختلفا كسيارة نقل وسيارة ركوب وفندق وثياب ، لأن الرجوع إلى التقويم بالقيمة يوم العقد إن صحت الشركة فإن فسدت كما لو وقعت على التفاضل فى الربح أو العمل فتتقوم يوم البيع ، ثم قالوا : إن الشركة قسمان شركة مفاوضة وشركة عنان ويترتب على كل منهما أحكام وذهبت

الحنفية إلى أن الشركة على ضربين : شركة ملك وشركة عقد فالأولى أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء أو اتهاباً أو استيلاداً أو اختلط مالهما بحيث لا يتميز أو خلطاه ، وكل منهما أجنبى فى نصيب الآخر ويجوز بيع نصيبه من شريكه فى جميع الصور ، ومن غيره بغير إذنه فيما عدا الخلط والاختلاط فلا يجوز بغير إذنه .

وقد ذهب بعض فقهاء مذهب أبى حنيفة من أهل عصرنا إلى إباحة شركات التأمين وأرباح البنوك وصناديق التوفير فى البريد مثل الشيخ على الخفيف والشيخ محمود شلتوت الأول فى بحث قدمه إلى مجمع البحوث الإسلامية والثانى فى فتوى طبعت فى ملحق خاص مع مجلة الأزهر . وقد رد عليهم الدكتور وهبه الزحيلى فى كتابه نظرية الضرورة الشرعية قال :

وكذلك ننصح بعدم الإقبال على التعامل مع شركات التأمين بالوضع الحاضر إلا إذا كان مفروضاً من الحكومة على الأشخاص ضد الحوادث لما فى العوض المدفوع للمستأمن عند وقوع الخطر من شبهة محرمة ، ولاشتمال العقد على غرر كثير لأن الخطر وهو الحادثة المحتملة أحد أركان عقد التأمين، ولذا لا يجوز التأمين قانونا إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ولأن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت غير متعينة لإمكان الأخذ بنظام التأمين التعاونى ، بل إن مجرد اعتبار عقد التأمين جائزاً عند القائلين بجوازه لما فيه من ترميم للأضرار وتعاون على احتمالها لا يعنى إباحة الأعواض المدفوعة المتجمعة فى الغالب من الربا الصريح .

فإن كان التأمين تعاونياً وليس التأمين ذا القسط الثابت . كما تفعله بعض الهيئات والجمعيات والنقابات حيث يدفع الشخص اشتراكا شهريا على وجه التبرع دون أن يشترط إعطاءه مبلغا معيناً عند وقوع حادث له فهذا جائز شرعاً لاتفاقه مع مبدأ الإسلام فى التعاون على البر وجاء فى كتاب (المعاملات الشرعية المالية) للأستاذ أحمد ابراهيم رحمه الله عن شركة الوجوه : (أن يتفق جماعة اثنان فأكثر من وجوه التجار الموثوق بهم على أن يشتروا سلع التجارة نسيئة ، ويقوموا ببيعها على أن يكون الربح شركة بينهم ، وإذا شرط التساوى فى المال كانت شركة مفاوضة ، وإن شرط

التفاوض كانت عناناً وسبب استحقاق الشركاء الربح فى شركة الوجوه هو الضمان ، ويكون ضمان ثمن المال المشترى على نسبة حصص الشركاء فيه ، وعلى هذا تكون حصة كل واحد منهم بقدر حصته فى المال المشترى ، وإذا شرط لأحدهم زيادة على حصته فى المال المشترى كان الشرط لغواً ، ويقسم الربح عليهم على مقدار حصصهم من المال المشترى ، وإذا خسرت الشركة قسمت الخسارة أيضاً على مقدار الحصص على النحو الذى يقسم به الربح) وقد سبق مزيد شرح وبيان فى الضمان فارجع إليه واشدد به يديك .

رأى فى الشركات المساهمة

نرى أن الشركات المساهمة أو شركات التوصية المحدودة من هذه الشركات المالية التى تقوم على جمع الأموال واستثمارها فى الصناعة أو التجارة بطرح أسهم بقيمة رأس المال ، يأخذ كل سهم من الربح بقدر ما يقسم الربح على عدد الأسهم ، ويتحاصى المساهمون بحسب ما يحرزه كل منهم من بطاقات الأسهم (كوبونات) وهذه الشركات خاضعة للربح والخسران وتسير على عقود مفصلة . نقول نرى النظر فيها على ضوء ما وصل إليه المتخصصون ممن جمعوا بين علمى الاقتصاد ولهم عصامية خاصة فى دراسة الحلال والحرام فى الإسلام ومن هؤلاء العلامة الفاضل الدكتور رفيق المصرى عضو المركز الدولى للبنوك الاسلامية بجامعة الملك عبد العزيز آل سعود بجدة وقبل أن نأتى على بحث الدكتور المصرى نسوق نبذة من كتاب صفات الداعية للشيخ سميح عاطف الزين حيث يقول ص ٢٦ ــ ٣٥ : « الشركة معاملة من المعاملات سواء أسارت حسب النظام الرأسمالى أم حسب النظام الإسلامى ، فلكى يعرف الحكم الشرعى بشأنها لابد أن يفهم واقعها أولا فهماً صحيحاً ، لأنه مناط الحكم أى لأنه متعلق به الحكم ، وفهمه ليس حسب تصورنا أو حسب تأويلاتنا ، بل حسب النظام الرأسمالى ، وهى معاملة من معاملاته وحكم من أحكامه .

فأول خطوة لمعرفة الحكم الشرعى فى واقع الشركات فى النظام الرأسمالى لابد أن نفهم أولا هذا الواقع ، وأن نفهم الواجب فى معالجته من الدليل الشرعى .

واقع الشركة فى النظام الرأسمالى هو أنها ليست كالبيع والإجارة تتم بين طرفين ، بل هى كالوقف والوصـية تتم من طرف واحـد ، فهى التزام فردى من شخص ، حسب الشروط المسجلة فى ورقة الاتفاقية المسماة عقداً . بأن يساهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قـد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة . فهى عندهم تعرف من طـرف واحد ، أى هى حسب تعبيرهم إرادة منفردة ، هذا هو الواقع : ليس فيهـا إيجاب ولا قبول ولا طرف عقد ، وليست اتفاقاً بين اثنين أو أكثر ، بل هى اتفاقية معينة تكتب وتعرض ، فالفرد الواحد بغض النظر عن أى شخص ، يلتزم بما فى هذه الاتفاقية ، فيصبح بهذا الالتزام شريكاً فى هذه الشركة . هذا هو واقع الشركة فى النظام الرأسمالى . والحكم الشرعى فى الشركة هى أنها عقد بين اثنين فأكثر يتفق فيه المتعاقدون على القيام بعمل مالى بقصد الربح ، ويجرى العمل بإيجاب وقبول فى مجلس واحد . ولكى تكون الشركة منطبقة على الحكم الشرعى لابد أن يحصـل فيها الاتفـاق بين المتعاقدين ولابد إذن أن يكون فيها متعاقدان ولابد أن يحصل العقد بايجاب وقبـول بينهما فى مجلس واحد ، هذا هو الحكم الشرعى فى الشركة وهو لا ينطبق على واقع الشركة فى النظام الرأسمالى ، لأنه ليس فيها متعاقدان بل ملتزم واحد ، وليس فيها اتفاق بين متعاقدين بل اتفاق مطلق ، يلتزم فيه من أراد التزاماً فرديا ، وليس فيها إيجاب وقبول ، وليس مجلس تعاقد ، فهى بذلك خالية من جميع الشروط الشرعية ، وباطلة شرعاً لأنه لم يحصل فيها عقـد شرعى .

أما شركة المساهمة فإنها رغم كونها تحت تعريف الشركات فى النظـام الرأسمالى إلا أنها نوع مالى بحت لا دور للعنصر الشخصى فيه ، لأن الشركات فى النظام الرأسمالى قسمان :

١ ــ شركات الأشخاص .

٢ ــ شركات الأموال .

فشركات الأشخاص هى التى يدخل فيها العنصر الشخصى ويكون له

أثر كبير فى الشركة وفى تقدير الحصص مثل شركة التضامن فإن المعتبر فيها شخص الشريك لا من حيث كونه بدناً فحسب أى متصرفاً ، بل من حيث مركزه وتأثيره فى المجتمع ، وهذه قد يشتبه فى أن تكون شركة صحيحة من وجهة النظر الشرعية لوجود البدن فيها ، أى الشخص المتصرف ، لولا خلوها من باقى الشروط ومنها العقد بين اثنين بايجاب وقبول .

أما شركات الأموال فانه لا يكون للعنصر الشخصى فيها أى أثر ، بل هى قائمة على انتفاء وجود العنصر الشخصى ، وانفرد العنصر المالى فى تكوين الشركة وفى سيرها ، فشرطها فى الاساس انعدام وجود البدن أى انعدام وجود المتصرف فى تكوين الشركة وفى سيرها قال : ومن هذه الشركات الشركات المساهمة .

يحصل الاكتتاب فى الشركات المساهمة بوسيلتين :

(الأولى) يختص فيها المؤسسون بأسهم الشركة يوزعونها بينهم دون عرضها على الجمهور ، وذلك بتحرير الاتفاقية التى تقوم بحسبها الشركة ، أى بكتابة القانون النظامى الذى يتضمن الشروط التى تسير عليها الشركة ، ثم يجرى التوقيع عليها بصفة فردية ، وكل من يوقع يعتبر مؤسساً وشريكاً ، وعندما يتم توقيع الجميع تكون الشركة قد تأسست ، وهذه الشركة محصورة بهؤلاء الموقعين وحدهم أى بالمؤسسين ، ولا يسمح بدخولها لغيرهم .

(الثانية) أن يقوم بضعة أشخاص بتأسيس الشركة وذلك بتحرير القانون النظامى الذى يتضمن الشروط التى تسير عليها الشركة ، وموافقة كل واحد منهم بمفرده عليه . ثم يطرحون الأسهم مباشرة على الجمهور للاكتتاب العام فيها بعد تحديد مدة معينة لنهاية الاكتتاب ، وحين ينتهى أجل الاكتتاب فى الشركة تدعى الجمعية التأسيسية للشركة المؤلفة من الأشخاص المؤسسين ، ويتم تعيين مجلس الادارة لها .

وتبدأ الشركة أعمالها بعد انتهاء الزمن المحدد لإقفال الاكتتاب . على

هذا الوجه تنشأ الشركة المساهمة ، وبهذه الكيفية توجد ، فيكون واقع شركة المساهمة بأى وسيلة من الوسيلتين وجدت هو التزام فردى من قبل طرف واحد . ففى الوسيلة الأولى يجرى التفاوض والاتفاق على الشروط بين المؤسسين ، ولا يعتبرون هذا عقداً ولا يلتزمون به ، وهو فى واقعه تفاوض وليس بعقد ثم ينفض مجلسهم بعد ذلك ، وفى مجلس آخر يأتى كل منهم منفرداً فيوقع ولا يعتبر شريكاً إلا بعد إبراز إرادته المنفردة وذلك تصرف فردى .

وفى الوسيلة الثانية يجرى التفاوض بين عدد محدود من الناس ثم تطرح الأسهم على جميع الناس ، فمن يكتب بسهم أو أكثر يصبح شريكاً فى الشركة . فالشريك هو من يكتتب بالأسهم ، واكتتابه يكون بتصرف منفرد ، أى بارادة فردية . هذا هو واقع شركة المساهمة ، وهذا الواقع حين يطبق فى رأى الشيخ سميح على أحكام الشركة فى الإسلام لا ينطبق عليه . فحكم الله فى الشركة عنده أنها عقد بين اثنين فأكثر ، أحد طرفى العقد بدن أى متصرف بذاته ، وأن هذا العقد يتم بإيجاب وقبول يحصلان معاً فى مجلس واحد ، ويكون منطويا على القيام بعمل بقصد الربح ، فالحكم الشرعى فى شروط صحة انعقاد الشركة أن تكون عقداً من العقود الشرعية لا تصرفاً من التصرفات ، فلابد فيها من طرفى عقد ، ولابد أن يحصل بين الطرفين إيجاب وقبول ، ولابد أن يحصل الايجاب والقبول معاً فى مجلس واحد ، وأن يتم العقد بالايجاب والقبول قبل تفرق المجلس ، ولابد أن يكون أحد الطرفين بدناً أى شخصاً متصرفاً بغض النظر عن كونه له مال فى الشركة أو ليس له مال .

فهذه الشروط التى اشترطها الشارع لصحة انعقاد الشركة غير متوفرة ــ كما يزعم ــ فى شركة المساهمة ، فهى شركة أموال خالية من البدن ، بل شرطها أن تكون خالية من البدن ، وهذا وحده كاف فى بطلانها !!! ثم قال : وفوق ذلك فهى إرادة منفردة ، أى تصرف منفرد من طرف واحد ، وليس فيها طرف ثان ، وخالية من الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، ولذلك كانت باطلة شرعاً ، فلم تنعقد مطلقاً ولم يتوفر فيهما أى شرط من شروط

الشركة فى الإسلام !!! ثم قال : ولكى يدرك واقع بطلانها إدراكاً أوضح نلفت النظر إلى أن المعاملات من حيث واقعها قسمان :

قسم لا يتم إلا من طرفين كالبيع والإجارة والوكالة وما شابه ذلك ، وقسم يتم من طرف واحد ولا حاجة فيه لطرفين كالوقف والوصية وما شاكل ذلك ، فما كان لا يتم إلا بطريق لا ينعقد إلا إذا وجد فيه طرفان فإذا حصل من طرف واحد لا ينعقد مطلقاً ، ولا يصح إلا إذا توفر فيه الطرفان ، وما يتم من طرف واحد ينعقد بمجرد صدوره من طرف واحد ولا حاجة فيه لطرف ثان ، فالبيع لا ينعقد إلا إذا صدر من طرفين اثنين ، والوقف ينعقد من طرف واحد ولا حاجة فيه لوجود طرف آخر ، هذا هو واقع المعاملات فى جميع الأنظمة ، إلا أن هناك اختلافاً بين الأنظمة فى اعتبار المعاملات من طرف واحد أو طرفين ، وبحسب ذلك يجرى اعتبار المعاملة منعقدة أو غير منعقدة . فالنظام الرأسمالى يعتبر البيع والإجارة والوكالة والكفالة مثلا من المعاملات لا تتم من طرف واحد ، بل لابد فيها من طرفين اثنين ، فاذا لم يتوفر فيها طرفان أثنان كانت باطلة ، ولم تنعقد ، ويعتبر الوقف والوصية والشركة والوعد بجائزة مثلا ، من المعاملات التى تتم من طرف واحد ، ولا مجال فيها لطرف ثان ، ويسميها الارادة المنفردة فالشركة فى النظام الرأسمالى ــ ومنها الشركات المساهمة ــ هى إرادة منفردة ، تتم من طرف واحد ولا مجال فيها لطرفين ، فهى عندهم كالوقف والوعد بجائزة سواء بسواء . ثم قال : ولكن الإسلام يعتبر الشركة من المعاملات التى لا تتم إلا بطرفين فهى فى حكم الشرع مثل البيع والإجارة والوكالة سواء بسواء . فالرسول صلى الله عليه وسلم قال : « يد الله على الشريكين » وفى حديث آخر يقول : « أنا ثالث الشريكين » .

والشركات التى حصلت فى أيامه كلها فيها طرفان . إننا لا نستطيع أن ننكر أن فى الإسلام معاملات لا تتم إلا من طرفين كالبيع والاجارة ويقال لها العقود . إلا أن الشرع لم يعتبر الشركة من التصرفات وإنما اعتبرها من العقود ، فيكون واقع شركة المساهمة حسب النظام الرأسمالى من حيث

كونها إرادة منفردة واقعاً باطلا فى الاسلام !!! لأن الشركة عقد ولا تتم إلا من طرفين .

ومن أغرب ما ذهب إليه صاحبنا هذا (الشيخ سـميح) أنه إذا كان أصحاب شركات المساهمة مسلمين تطبق عليهم أحكام الإسلام أما إذا كانوا غير مسلمين أو من الذين يعتقدون النظام الرأسمالى كالشركات الأوربيـة والأمريكية فإنه لا يحرم التعامل معهم !!! بل يحل للمسلم أن يباشر معهم جميع التصرفات والعقود ــ يعنى بما فى ذلك الربا ــ ثم قال : وعلى ذلك لو أن مسلماً يريد أن يسافر فإنه يجوز له أن يركب طائرة تملكهـا شركة مساهمة أوربية ولا يحل له (كذا) أن يركب طائرة تملكها شركة أصحابها مسلمون ، ومن الواجب الشرعى على كل مسلم أن يتحرى فى معاملاته أمر شركات المساهمة لأنه يحرم التعامل معها إذا كان أصحابها مسلمين (!!!) .

ومن العجيب أن الشيخ سميح ينقض كل ما بنى عليه حرمة عقد الشركة المساهمة بكلمة واحدة حين يقول : إذا كان أصـحاب الشركة مسـلمين . وحينئذ لا يكون لها إرادة منفردة وإنما تكون إرادة جماعة هم أصـحاب الشركة . ومثل دعوة الشيخ سميح هذه تصلح أن تكون جنديا فى خـدمة الإعلام الصليبى والغربى الذى يهـدف إلى تقويض الدعائم الاقتصـادية المشروعة فى عالمنا الإسلامى وتوجيه أبناء ملتـه إلى التعامل مع الغـرب وشركائه دعماً وتعضيداً والعمل على إفلاس الشركات المساهمة التى أصحابها مسلمون لتفلس وتخلى المجال لمنافستها الكافرة ، فمرحى مرحى لك ولأمثالك من قصيرى النظر وضيقى العطن وقليلى البضاعة فى الفقه ،لاسيما وهو يجيز شركة الأبدان وقد أبطلها الامام الشافعى ، وما أجاز الا شركة العنان على ما أوضحنا فى هذا الكتاب ، هذا إذا افترضنا فيه وفى أمثاله حسن النية ، أما إذا رأينا عناصر الخطر فى دعوته التى يتعاظمنا خطبها فإن هناك دلائل تشير إلى سوء النية ونرجو أن يثوب هو وأمثاله إلى رشدهم ، ولندع مثل هذا بعد عرضنا لرأيه كاملا بأمانة لنخلص إلى التحليل العلمى المستفيض الذى ارتضيناه على العلامة الدكتور رفيق المصرى فى كتابه (مصرف التنميـة الإسلامى) :

الشركات المعاصرة ومشروعيتها

لم يعد للشركات التقليدية ــ يعنى التى أتينا على تفصيلها آنفا ــ أية أهمية فى التشريعات الوضعية المدنية والتجارية المعمول بها فى البلاد الإسلامية ، فالشركات التجارية الحديثة هى التى حلت محلها وأصبحت موضع اهتمام قوانين التجارة . ومن المهم أن نتعرف على موقف العلماء من هذه الشركات الحديثة . ومن المؤسف أننا لا نجد بازائها إلا آراء متناثرة هنا وهناك ، ليس لها الأهمية والعمق اللذان يستحقهما الموضوع ، ومع ذلك فهناك مؤلفان يعالجان هذه المسألة ببعض التفصيل ، وعلى درجة من الروح العلمية . الأول هو المؤلف الشيخ على الخفيف والثانى يشكل موضوع أطروحة هو الدكتور عبد العزيز الخياط التى نوقشت فى القاهرة عام ١٩٦٩ م ــ ١٣٨٩ هـ ومع هذا فإن الموضوع مازال بحاجة إلى كثير من البحث ولاسيما فيما يتعلق باستقصاء شركات الأموال ، ولاسيما شركات المساهمة ، من حيث المبدأ والواقع وضرورة إيجاد بديل عنها يناسب روح الإسلام ونصوصه وتطور العصر . ولا ريب أن الشركات تزداد أهميتها مع تقدم الأيام ، فقد عرفت كل من التجارة والصناعة منذ زمن طويل الاستثمار أو الاستغلال المشترك ، وكان للتحول الاقتصادى فى القرن التاسع عشر أثر كبير فى وجود شركات تجارية ضخمة .

اولا ــ شركات الأشخاص

فيما يتعلق بشركات الأشخاص (شركة التضامن ، شركة التوصية البسيطة ، شركة المحاصة) ليس هناك كثير كلام . فعلى الرغم من وجود بعض الانتقادات تبقى هذه الشركات صالحة ومشروعة بوجه عام ، مع التحفظ بشأن ضرورة إجراء بعض التغييرات الطفيفة كما سنبين فيما بعد .

على أن هذه الشركات لم يعد لها الدور الرئيسى فقد أصبح رأس المال فى صورة شركات مساهمة هو الذى يتولى أعمالا رئيسية فى الحياة الاقتصادية .

فشركة التضامن مع انتشارها بفضل العلاقات الخاصة بين الأفراد أو بين الأسرة الواحدة أو بين رب العمل والعمال إلا أن الخوف من المسئولية الشخصية والتضامنية من جهة ، ووجود إمكانية تحديدها باستخدام أشكال أخرى للشركة من جهة ثانيـة أدى إلى النقص النسـبى لهـذه الشركات التضامنية .

واما شركة التوصية البسيطة فهى فى انكماش مسـتمر ، لأن اكتشاف الشركة ذات المسئولية المحدودة أدى إلى اختفاء الشركة الأولى ، ففى شركة المسئولية المحدودة نجد أن كل الشركاء وليس الموصين منهم فقط لهـم مسئولية محدودة بمقدار أنصبتهم فى رأس المال ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن الشريك الذى ليس له صفة التاجر يمكنه أن يدير الشركة فى حين أن الموصى لا يستطيع ذلك ، وعلى هذا فقد تحول عدد كبير من شركات التوصـية إلى شركات محدودة المسئولية ، ولم يعد ينشأ الكثير منها .

أما فيما يتعلق بشركة المحاصة فهى شركات ذات طابع سرى حيث إن وجودها لا يظهر للغير ، ومن ثم فهى لا تتمتع بالشـخصية المعنوية ، ولا يعرف الغير إلا الشريك الذى يستثمر المحاصة ويديرها ، ولا يعرف الشريك المحاصص كما لا يمكنه أن يحتج فى مواجهته .

وعلى الرغم من بساطة هذه الشركة (ليس فيها شكليات ولا شهر ولا شخصية معنوية) تظل مؤقتة وغير ملائمة للمشروعات المهمة والطـويلة الأجل ، ومع ذلك تبقى نافعة ، إذ أنها تحل محل القرض بفائدة مثلها فى ذلك مثل شركة المضاربة أو شركة التوصية . كما أنها إلى جانب تطبيقاتها القديمة (بيع مشترك يقوم به بعض التجار) وجد لها تطبيقات عصرية حديثة ، فهى إطار ملائم وصنيغة مناسبة للاتفاقات الصناعية والتجارية التى تحرص على السرية .

ثانياً ـ الشركة ذات المسئولية المحدودة

وهى شركة وسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، وتؤلف بين شركاء ليست لهم صفة التاجر ، وليسوا مسئولين إلا فى حدود ما قدموه

من رأس مال ، ويشبه وضعهم من هذه الناحية وضع الشركاء الموصين ، لكن لا يوجد فيها شركاء متضامنون ، والشركة نفسها كشخصية معنوية هي التي تعتبر تاجراً .

إن تأسيس هذه الشركة أسهل من تأسيس شركة المساهمة ، إذ يمكن أن تتشكل بين شريكين فقط بدلا من سبعة . وغالباً ما يكون لها طابع عائلي، إذ تتكون بين الأقرباء أو بين الأصدقاء أو بين رب العمل وعماله ، ومنها أنواع مختلفة صغيرة مفضلة على شركات التضامن (من حيث المسئولية) وكبيرة مفضلة على شركات المساهمة .

وعلى هذا يختلف الباحثون حول تصنيف هذه الشركة في شركات الأشخاص أو في شركات الأموال ، هل هي شركة أشخاص وبالتالي ينظر إليها المسلمون نظرة أفضل ؟ يقول أنصارها : نعم وذلك للأسباب الآتية :

ــ يمنع القانون أن تمثل حصص الشركاء في شكل أسناد قابلة للتداول اسمية كانت أو إذنية أو للحامل .

ــ لا يجوز من حيث المبدأ لأي شريك التنازل عن حصته في الشركة إلا بموافقة كل الشركاء أو أغلبهم ، في حين أن السهم في شركات المساهمة قابل للتداول والتجارة .

ــ الحد الأقصى لعدد الشركاء هو حسب القانون السوري ٢٥ شخصا و ٥٠ حسب القانونين المصري والأردني ، وهم يرتبطون غالباً بعلاقات شخصية أو عائلية ، ويعرف بعضهم بعضاً ، ويأخذون بالاعتبار الشخصي للشريك الذي يدخل دون أن يستتبع ذلك أي تضامن فيما بينهم . ويقوم العقد على أساس أن العبرة للشخص لا للمال .

ومن جهة أخرى فقد رأى بعض المؤلفين أن هذه الشركة إنما هي نوع من شركة المساهمة للأسباب الآتية :

ــ مسئولية الشركاء محدودة ، فكل شريك يدفع حصة في رأس المال ولا يلتزم إلا في حدود هذه الحصة .

ـ رأس مال الشركة مقسم إلى حصص لها قيمة اسمية متساوية .

ـ ليس للشركاء صفة التاجر .

ـ خلافاً لشركات الأشخاص لا تنحل شركة المسئولية المحدودة بموت أحد الشركاء ، بل تنتقل حصته إلى الورثة .

ـ لكل شريك فى الجمعية أو الهيئة صوت أو أصوات بقدر ما يملك من حصص لا بالنظر إلى مزاياه الشخصية والواقع أن هذه الشركات ذات نموذج مختلط Hybride يمكن اعتبارها كشركة أشخاص [1] تستعير أو تقتبس بعض الاجراءات الشكلية والقانونية المتعلقة بشركات الاسهم بعد تبسيطها .

ويقول المؤلف : هـذه الشركة لا تثير كثيراً من العـداء لدى المؤلفين المسلمين ، إذ يمكن تشبيهها فى الواقع بأشكال أخرى معترف بشرعيتهـا لديهم كشركة المضاربة مثلا .

ثالثاً : شركات الأموال

ليس للأشكال القانونية للشركات جميعاً نفس الوضوح فى الطبيعةوالمعالم

فشركة التوصية بالاسهم تجمع بين شكل شركة التوصية والشركة المغفلة وهما نوعان من شركة التوصية . فتدعى بسيطة عندما يكون للشركاء الموصين حصة فى الشركة interet غير قابلة للتداول . وتدعى توصية بالأسهم عندما يتسلم الشركاء فى مقابل حصصهم سندات قابلة للتداول ففى الحالة الأولى تكون الشركة شركة أشخاص Societe Par interet وفى الثانية تكون الشركة شركة أموال مساهمة Societe Par actions .

وشركة التوصية بالاسهم هى شركة هجينة Batarde تجمع

(١) كل شريك فى شركة الاشخاص أو شركات المصالح Par interet له حصة فى الشركة تسمى مصلحة interet وهذه المصلحة لا يمكن التنازل عنها ولا تحويلها لان عقد الشركة يرتكز على شخص الشريك Contrarintuitus Personae

نوعين من الشركاء . شريك أو أكثر مسئولين شخصيا وبالتضامن . وموص أو أكثر من حملة الأسهم Actionnaires فبالنسبة للموصين تعتبر الشركة شركة أموال . أما المتضامنون إذا كان هناك عدة منهم فهم فى مركز الشركاء المتضامنين فى شركة التضامن ، ويمكن أن يكونوا شركاء بعملهم وهذا هو الغالب .

وينقل المؤلف رأى روبلو Roblot الذى يرى أن زمن التوصية بالأسهم قد ولى ، فمع وجود شركات المساهمة المغفلة وإعطاء كل حرية فى تأسيسها زال الدافع الأول لإنشاء شركات التوصية .

كما أن انتشار الشركات ذات المسئولية المحدودة انتزع من شركات التوصية المساهمة المشروعات الصغيرة ، وليس لشركات التوصية بالأسهم إلا ميزة واحدة بالنسبة للشركة المغفلة وهى استقرار الادارة ، حيث يحتفظ المتضامنون دوماً بحق الادارة عن طريق النص على ذلك فى شروط العقد .

لكن هذه السلطة فى الادارة يقابلها بالنسبة للمتضامن مسئولية غير محدودة . ويكمن الخطر فى أن التجار لا يريدون أن يتعرضوا لهذه المسئولية غير المحدودة .

لذلك فإن هذا النموذج قد بات قليل الأهمية ، وفقهاؤنا ـ يعنى فقهاء الشريعة الإسلامية ـ يحكمون لهذه الشركة بالحل وأحياناً يحكمون عليها بالحرمة وفقاً لنظرتهم للشركة المغفلة ومدى ما تأخذ هذه من تلك إذ يضعون الشركتين على صعيد واحد .

الشركة المغفلة شركة تجارية يملك فيها الشركاء الذين يطلق عليهم وصف مساهمين حقا متمثلا فى صورة سند وهم غير ملزمين إلا فى حدود رأس مالهم المقدم . والشركة المغفلة أوضح نموذج لشركة الأموال ، شأنها شأن شركة التضامن التى هى أوضح نموذج لشركة الأشخاص .

إن إنشاء المشروعات الكبرى من صناعية وتجارية يتطلب بالفعل أداة

متينة متماسكة لتجميع رءوس الأموال . إلا أن النشاط الكبير والسيطرة الواضحة للشركات المغفلة قد استرعى الانتباه إلى الأخطار التى تسببها هذه الشركات للاقتصاد الوطنى . وقد أثارت الفضائح المالية والسياسية حركة من الآراء التى تطالب بحماية الادخار والمدخرين .

كما جرى كثير من التأميم لعدد كبير منها بالنظر إلى موضوع استثمارها ثم قال :

وعلى كل حال فإن الشركة المغفلة تحتل اليوم المركز الأول فى مجموعة شركات الأسهم ، وهى اليوم أهم الأشكال القانونية وهذه الشركات المؤممة غالباً قد سيطرت على فروع الصناعة والتجارة ، واستفادت من الامتيازات التى تمنحها لها الدولة والشخصيات المعنوية العامة لاستثمار السكك الحديدية وحافلات الترام ، والمناجم والطاقة الكهربية وتوزيع الطاقة الغازيه والكهربية الخ . كما غزت قطاع المصارف والتأمين والصناعات الكبيرة والنقل البحرى والنهرى والجوى والمخازن والمستودعات الكبرى والملاهى والفنادق والصحافة والنشر .

هذا التفوق الساحق الذى أحرزته الشركة المغفلة هو الطابع المميز لعالمنا المعاصر ، وإنه بواسطة هذه المؤسسة الحقوقية الهامة تم تحقيق النظام الرأسمالى .

وهذا الشكل من الشركات تم تصوره بحثاً عن تجميع واستقطاب رءوس الأموال بغرض استثمارها فى مشروعات كبرى . ويزداد دورها أهمية عندما تتوجه للادخار العام . ا هـ

مناقشة صحة عقد الشركات المساهمة

مر بك فى مطلع هذا البحث ما نقلناه عن الشيخ الزين الذى اشتدت حملته على الشركات المساهمة وكذلك يفعل غيره ممن ينظر إلى الشركات المساهمة بهذا المنظار ، عندما يقولون : إن عقد الشركة المساهمة عقد إذعان لا عقد تراض ، فليست الشركة المساهمة عقداً بين شخصية أو أكثر وفق

أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ العقد يجب أن يعبر عن الرابطة التعاقدية أو الرابطة المعقودة بين العناصر التى تؤلف حق المفاوضة وهو الايجاب (العرض) والقبول (الموافقة) بين طرفين ، على أنه فى شركة المساهمة نجد أن فكرة التعاقد تبدو وهمية ، فالشخص الذى يكتتب ببعض الأسهم أو يشتريها إنما يفعل ذلك بارادة منفردة ، وهى إرادته الخاصة به ، فما عليه الا أن يملك سهماً واحداً ليكتسب صفة الشريك سواء قبل الشركاء الآخرون أم لم يقبلوا .

فى حين أنه فى عقد طبيعى وعادى لابد من أن يكون هناك طرفان : طرف يقترح عرضاً ما (طرف الايجاب) بقوله مثلا : (أريد أن أشاركك) والآخر يجيبه بقوله : (أنا موافق) ففى أى عقد إذن لابد من إيجاب وقبول قالوا : والآن لو نظرنا إلى الشركة المساهمة لوجدنا أنها مشكلة بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً ، وهم يتغيرون باستمرار لأن حقوقهم مجسدة فى أسهم يتم بيعها وشراؤها وتداولها بمعزل عن إدارة الشركة (الجمعية العمومية) وهى السلطة العليا فى شركة المساهمة المغفلة ، ويقولون : هذا الزعم نظرى وبعيد عن الواقع ، إذ لا يهتم المساهمون بإدارة الشركة ولا يحضرون جمعياتها العمومية ، والمدراء يتباحثون فى شئون الشركة ، ولكن واحداً منهم فقط هو الذى يدير الشركة ، ولا يمارس المساهمون فى الواقع إلا سلطة نظرية .

وإن كلمة شريك غير مستعملة للدلالة على المساهمين ، لأن الذى يربطهم فى الشركة ليس هو عقد الشركة ، بل هو مجرد شراء سند متداول بحيث ينشأ عن ذلك فى كل وقت تغيرات مستمرة فى شخصية هؤلاء الشركاء ، ولا يشترك المساهمون فى حياة الشركة إلا بحقهم فى حضور الجمعيات العامة ، وفى هذه الجمعيات يسود قانون الأغلبية .

ولا يتعاقد المساهمون بالنظر إلى اعتبار شخص المتعاقد ، لأن شخصية الشركاء لا يبالى بها فى هذا المقام وحق التصويت لا يناط بشخص الشريك له بملكية الأسهم ، وكل سهم يعطى حقا فى التصويت ، فليس للمساهمين

إذن حقوق متساوية ، بل تتناسب حقوقهم طرداً مع عدد الأسهم التى يملكها كل منهم .

ويبدو أن اعتراضات المعترضين على الشركات المساهمة أهمها : تسمية الشريك مساهماً بدلا من كلمة شريك والجواب أن الاسم العام هو (شركة كذا) وهذه التسمية وحدها كافية فى النظر إليها بعين الاعتبار وسواء أطلقوا على الشريك مساهماً أو شريكاً فالنتيجة لا تتغير بتغير اسمه من شريك إلى مساهم ، لأن التعبير بمساهم أدق من التعبير بشريك ، لأن الشركة تقوم على مفردات سهمية وكل شريك يملك قدراً منها يسمى حصة وهذه الحصة من الأسهم تتفاوت من شخص لآخر ، وليس كذلك إذا أطلق عليه كلمة شريك فإنها قد تفيد تساوى الشركاء فى الحصص ، على أن التفاوت فى الحصص لا يبطل عقد الشركة ، لأن فى الشركات البسيطة يمكن أن يشترك الشريك بالربع وبالثمن وبالثلث وبالنصف وبأكثر من ذلك أو أقل ، وهذا هو الأصل فى جواز الشركة بالأسهم .

وأما اعتراضهم على عدم تعرف بعضهم ببعض فهذا ليس شرطاً فى صحة العقد ، إذ يمكن لرجل أن يتزوج بوكالة آخر دون أن يرى المعقود عليها إلا عندما يعن له استقدامها إلى بلده الذى يقيم فيه ، أو يقدم عليها فى البلد الذى تقيم فيه ، والعقد وقع صحيحاً دون أن يتراءيا ، فإذا جاز هذا العقد بين اثنين والعقد مبرم من أجل بنائهما والتقائهما ، فكيف بمن يمكن أن يقوم الوكيل بينهم بكل شيء من النماء والمحاسبة وتقسيم الأرباح ، ولا يشترط لقاؤهم ، وإن كانت هناك مندوحة لحضور الجمعية العمومية يدعى إليها المساهمون ، والذى لا يحضر فباختياره تخلف وعن حقه تنازل .

وأما القول بأن الجمعية العمومية تأخذ بأكثرية الأصوات التى تمثل أكثر الأسهم ، فهذه صورة لأعدل صيغ إدارة الأعمال التى تقوم استمداد السلطة من أكثر الذين يملكون أسهم الشركة ، وهؤلاء لا يعقل أن يغرروا بأموالهم ، ولا أن يرتادوا لها مرتاداً خطراً يعرض أموال الشركة للتلف أو الهلاك ، أما لو كان هؤلاء يمثلون الشركة بأشخاصهم وكانت حصصهم من

الأسهم ضئيلة بحيث لو تعرضت الشركة للافلاس فلن يؤثر ذلك عليهم لضآلة الأسهم التى فى حوزتهم ، فإنه من غير المعقول أن يئول أمر الشركة إلى هذا المصير وأما مطالبة كل مساهم أن يعمل إلى جانب مساهمته بالمال فليس هذا مطلوباً لتحقيق مشروعيه الشركة بل لو يعمل لكان أدعى إلى العدل ، لأنه إذا عمل فلن يدخل عمله فى تقويم الأرباح فيأخذ ربحاً ، بل ربما جاز أن يعتبر أجيراً ويأخذ أجر مثله ، وهذا أمر خارج عن الشركة والأسهم ، فإذا لم يأخذ شيئاً كان متبرعاً بعمله والله يحب المحسنين .

والخلاصة أن الشركة المساهمة شركة شرعية لقيامها على أموال من النقد جمعت وأعطى لكل صاحب قدر من المال صكوكاً بقدر ما يملك أسهم مقومة ، ويمكن عرض هذه الصكوك وبيعها وقد تزيد قيمة السهم إذا كانت الشركة ناجحة ورابحة ، وقد تنقص قيمة السهم إذا كانت الشركة حالتها متدهورة . فيمكن أن تكون الشبهة فى عرض الأسهم وبيعها لوقوع الغرر والجهالة فى تقدير ارتفاع السهم أو انخفاضه من غير تقدير دقيق يسوغ كلا الوجهين .

والدليل على أنه يجوز أن تكون الشركة ذات أسهم لعدد كبير من الناس لا يعرف أكثرهم بعضاً ما قاله المزنى فى المختصر حيث قال : الشركة من وجوه ، منها الغنيمة أزال الله عز وجل ملك المشركين عن خيبر فملكها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمؤمنون ، وكانوا فيه شركاء فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أجزاء ثم أقرع بينها ، فأخرج منها خمس الله تبارك وتعالى لأهله وأربعة أخماسها لأهلها .

قال المزنى : وفى ذلك دليل على قسم الأموال والضرب عليها بالسهام ، ومنها المواريث ، ومنها الشركة فى الهبات والصدقات فى قوله — يعنى فى قول الشافعى رضى الله عنه — ومنها التجارات وفى ذلك كله القسم إذا كان مما يقسم وطلبه الشريك ، ومنها الشركة فى الصدقات المحرمات — فى قوله — وهى الأحباس ، ولا وجه لقسمها فى رقابها لارتفاع الملك عنها ، فإن تراضوا من السكنى سنة بسنة فلا بأس ، والذى يشبه قول الشافعى : أنه لا تجوز الشركة فى العرض، ولا فيما يرجع فى حال المفاصلة إلى القيمة

لتغير القيمة ، ولا يخرج أحدهما عرضاً والآخر دنانير ، ولا تجوز إلا بمال واحد بالدنانير أو بالدراهم . اهـ ومحل الشاهد أن المسلمين جميعاً كانوا مساهمين فى خيبر يعنى شركاء والله أعلم .

(مسألة) فى بيع الأسهم وشرائها

عرفت مما مضى طريقة تكوين الشركات المساهمة وشركات التوصية وغيرهما من ضروب المعاملات المستحدثة التى لا تنحصر على عقود محدودة مسماة عند الناس ، ونظراً لأن هذه العقود تساير العقود الصحيحة من حيث خلوها من القمار والربا وباطل المعاملات ، فإنه لما كثرت الشركات واتسعت روءس الأموال واستفرهت فصارت تقدر أحياناً بعشرات الملايين ومئاتها ، وكان فى أيدى الناس أموال تفضل عن حاجتهم العاجلة فاقتضى الحرص على المحافظة على المال وصيانته من التآكل والنقصان ، أن يبحث المرء عن شركة منتجة فى الصناعة أو فى الزراعة أو التجارة ، تفتح الباب لكل مشارك فيها ، لكل مشارك على قدر ما عنده ، ثم يكون لهذه الشركة من الممتلكات الثابتة والمنقولة والمتحركة كالمبانى والعقارات والآلات والسيارات والادارات ذات الدواوين التى تتولى تصريف شئون هذه الشركات ومتابعة أنشطتها المثمرة والمنتجة والمربحة أو العكس .

ولها ديون فى ذمم غيرها ولغيرها ديون عليها ، فإذا أراد مساهم أن يخرج بأسهمه من الشركة ، أو أراد ورثة مساهم أن يصفوا تركة مورثهم من أسهم الشركة ببيعها والحصول على قيمتها للوفاء بديونه أو لحاجة المستحقين من ورثته ، فإنه ليس من الميسور تخليص أسهمه ناضّة إلا بعد مشقة وكلفة ، مما يقتضى توقيف أعمال الشركة وتثمين أموالها وتوزيع ذلك على أسهمها الأمر الذى يعطل سير أعمالها ، ويصيبها بالشلل والتوقف ، لهذا صار من المتفق عليه أمام الرأى العام وأمام الأسس الراسخة فى تصفية حساب كل مساهم ، أن يحل محله مساهم آخر يتولى امتلاك أسهمه مع دفع قيمتها إليه ، بالزيادة على ما اشتراها أو بالنقص على ما اشتراها ، بحسب ما ربحت ووزعت أرباحها على الأسهم بالحصص ، أو خسرت فاجتاحت

الخسارة بقدرها موزعة على الأسهم بالحصص فينقص من قيمة كل سهم بحسب ما يصيبه من قدر نصيبه فى الخسارة ويقول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم والشئون الدينية فى دولة قطر :

غير أن بعض أهل العلم يشك فى صحة هذا البيع بهذه الصفة بحجة أن المشترى لا يعلم كمية السهم المشترى ناضاً ، وهل فيه ربح أو خسران ، وهذا مما يؤكد دخوله فى الجهالة أو الغرر ، أو شراء الدراهم بالدراهم، هذا بعض تعليل من يقول بمنعه والصحيح أن بيع الأسهم بهذه الصفة يعتبر جائزاً مباحاً لكونه من باب المخارجة ، وقد أجمع الصحابة على صحتها والعمل بها قضية مشهورة ، وحاصلها هو أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه توفى عن أربع زوجات إحداهن تماضر الأشجعية ، وكان قد طلقها فى مرض موته ، فاستشار عثمان رضى الله عنه الصحابة فيها ، فأجمعوا على أنها تستحق الإرث كإحدى الزوجات ، فبعد العلم منها بذلك طلبت الخروج من التركة بسهمها ، وكان قد خلف أموالا كثيرة من عقار ونقود وحيوان . من ذلك ذهب قطع بالفئوس حتى مجلت أيدى الرجال من تقطيعه ، وخلف ألف بعير ومائة فرس وثلاثة آلاف شاة .ذكره ابن كثير فى التاريخ (البداية والنهاية) .

فاتفق ورثته معها على أن يدفعوا لها ثمانين ألف دينار ، فقبلت ذلك ، وجرى الدفع منهم فيه ، ولم ينكره أحد من الصحابة ، فكان بمثابة الاجماع منهم على جوازه فى زمنهم .

وهذه هى نفس قضية بيع الأسهم من الشركات ، سواء سميناها بيعاً أو صلحاً أو معاوضة أو مخارجة ، إذ لا مشاحة فى الأسماء مع العلم بالحقيقة وقال عطاء عن ابن عباس : إنه كان لا يرى بأساً بالمخارجة ــ يعنى الصلح فى الميراث ــ وسميت مخارجة لأن الوارث يعطى ما يصالح عليه ، ويخرج نفسه من الميراث ، والاعتبار فى مثل هذه القضية هو بعموم لفظها لا بخصوص سببها ، فلا يختص الحكم بجوازها بالميراث دون غيره مما يشابهه ، بل الحكم فى خروج الشخص بسهمه من الشركة كحكم خروج الوارث بسهمه من التركة سواء وقع بلفظ الصلح أو البيع .

قال الموفق : ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان لا يمكن معرفته للحاجة . فمتى حصل التبايع فيما لا سبيل إلى معرفته ناضاً كأسهم الشركات المشتملة على العقارات والسيارات وأنواع كثيرة من الآلات والأثاث والنقود ، وبمالها وعليها من حقوق وديون ، فإنه يصح البيع والحالة هذه ، لأنه إنما جاز مع الجهالة لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، واحتج بقول شريح : « أيما امرأة صولحت من ثمنها ولم يبين لها ما ترك زوجها فهى الريبة » فمحمول على قصد خديعة المرأة عن حقها فى عدم بيان ما خلفه زوجها من التركة .

فكراهة الإمام أحمد لها محمولة على الغش والكتمان من الورثة لمثل هذه المرأة ، حيث لم يبين لها ما خلفه زوجها وهذا شيء . وهو منتف فى مثل هذه الشركات كما أنه منتف فى قضية ورثة عبد الرحمن بن عوف مع زوجته ، وقد سبق اجماع الصحابة على إباحته وشهادتهم عليه حال وقوعه ، مع العلم بجهالة كمية سهمها ناضاً من كل شيء لكثرة أمواله من كل الأجناس حتى من جنس الذهب والفضة كما سبق ذكره . سواء كانت القيمة من جنس رأس المال أو من غيره ، وسواء كان رأس ماله أو أكثر منه ، لكون الشريك الذى يريد الانفصال يأخذ عوض حقه مع علمه بثبوت أصله ، فهو عقد معاوضة كالبيع الصحيح .

وغير مانع لصحة جهالته كل من المشترى والبائع لحصول الربح وعدمه ، لكونه يصح الصلح عن المجهول ، سواء كان عيناً أو ديناً ، ولأنه متى صح الصلح مع العلم بالمبيع ناضاً بدون رأس ماله أو أكثر منه ، فلأن يصح مع الجهل به أولى .

وحيث أجمع الصحابة على جوازه فى مخارجة امرأة عبد الرحمن بن عوف من جميع مخلفاته حتى الذهب والفضة ، فإنه يصح فى أسهم الشركة وتدخل النقود تبعاً كحلية السيف ، لأن الصحابة رضى الله عنهم يمثلون الوقائع بنظائرها ، ويشبهونها بأمثالها ، ويردون بعضها إلى بعض فى أحكامها ، فألحقوا النظير بنظيره فى حلالها وحرامها ، ففتحوا للعلماء باب الاجتهاد ، ونهجوا لهم طريقه ، وهم عن علم وقفوا ، وببصر نافذ كفوا والله أعلم .

الاستثمار الربوى وبدائله

إن من يريد الفوز والفلاح فى الآخرة عليه أن يعمل على تنقية الحياة الاقتصادية له ولمجتمعه من شوائب الربا على هدى من كتاب الله تبارك وتعالى إذ يقول :

« ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » ..

ويقول : « وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا، وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد فى الأرض » .

وقد أوجب الإسلام على كل مسلم أن يتعلم من فقه المعاملات ما يصحح به تعامله فى معاوضاته وهباته وقبوضه وإقباضه . كما يتعلم سائر شعائر الإسلام وواجباته من صلاة وصيام وزكاة وحج ونكاح وحدود وجنايات ، وقال الفقيه الشافعى المكى ابن حجر الهيتمى : « يجب على من باشر أمراً أن يتعلم ما يتعلق به مما يغلب وقوعه » . ليس ذلك فحسب ، بل عليه أن يتفقه فى ذلك وفى وجوه الدين الأخرى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين » و فى كلام اشتهر على ألسنة الناس فى وصف الدين أنه المعاملة فقالوا « الدين المعاملة » والمعاملة هنا ترد بمعناها الشامل الواسع ، ولكنها تتضمن من باب أولى المعاملة المالية ، باعتبارها أوسع أنواع التعامل ، وأقربها دلالة على معدن العبد ، وعلى استكناه مخبره .

ولسنا فى حاجة كذلك فى هذا العصر بالذات للتدليل على أهمية المال ، وأنه عصب الحياة ، وفى مأثور القول : « نعم المال الصالح للرجل الصالح » ولم أعثر عليه مرفوعاً وقال صلى الله عليه وسلم : « نعم العون على تقوى الله المال » رواه فى الجامع الكبير معزواً إلى ابن لال والديلمى من حديث جابر ابن عبد الله رضى الله عنهما ، لولا أنه قد شاع فى كلام المتأخرين ذم المال والأغنياء من ناحية ، وتفضيل الفقر من ناحية أخرى ، ونراهم فى ذلك يستدلون بالنصوص الآتية :

قال صلى الله عليه وسلم : « لو كانت الدنيا تساوى عند الله جناح

بعوضة ما سقى الكافر منها شربة ماء » رواه المبارك والبغوى عن عثمان ابن عبيد الله بن دافع عن رجال من الصحابة .

وعن أبى العباس سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال : « مر رجل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال لرجل عنده جالس : ما رأيك فى هذا ؟ فقال : رجل من أشراف الناس ، هذا والله حرى إن خطب أن ينكح ، وإن شفع أن يشفع ، فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم مر رجل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رأيك فى هذا ؟ فقال يا رسول الله هذا من فقراء المسلمين ، هذا حرى إن خطب أن لا ينكح ، وإن شفع لا يشفع ، وإن قال لا يسمع لقوله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير من ملء الأرض مثل هذا » رواه الشيخان .

وروى أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم أحينى مسكيناً وأمتنى مسكيناً ، واحشرنى فى زمرة المساكين » رواه الترمذى وإسناده ليس بذاك القائم ، وفى بعض الروايات : قالت عائشة ولم يا رسول الله ؟ قال : إنهم يدخلون الجنة قبل الأغنياء بأربعين خريفاً ، يا عائشة لا تردى المسكين ولو بشق تمرة » .

وروى أحمد فى مسنده عن أنس رضى الله عنه قال : « بينما عائشة فى بيتها سمعت صوتاً فى المدينة فقالت : ما هذا ؟ فقالوا : عير لعبد الرحمن ابن عوف قدمت من الشام تحمل من كل شىء ، قال : وقد كانت سبعمائة بعير ، فارتجت المدينة من الصوت فقالت عائشة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : رأيت عبد الرحمن بن عوف يدخل الجنة حبواً ، فبلغ ذلك عبد الرحمن فقال : إن استطعت لأدخلنها قائماً ، فجعلها بأحمالها وأقتابها كلها فى سبيل الله » وقد طعن المحدثون فى صحة إسناده كما طعنوا فى صحة متنه .

ومهما يكن فإن الاستدلال بهذه النصوص على ذم الغنى والأغنياء استدلال غير صائب ، ولا يصح ذم الغنى لذاته ، ولا ذم المال لذاته ، ولا

تفضيل الفقر لذاته ، وإنما يذم الشيء من ذلك ويحمد بحسب توجهات العبد . كيف لا ؟ ! والله قد خلق وسخر لعباده كل كنوزه ، وأسبغ عليهم نعمه فقال : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » [١] .

« هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور » [٢] .

فالله سبحانه وتعالى قد خلق الأرض وأودعها من كنوزه ونعمه مما لا يحصى ولا ينفد ، وأمر عباده باستغلالها لمصلحتهم وأباح لهم الاستمتاع بها فقال :

« قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده ، والطيبات من الرزق . قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة » [٣] فكيف إذن يذم الله من امتثل أمره وراعى سننه الكونية والشرعية ، وهذا لقمان الحكيم يوصى ابنه فيقول : « يا بنى استعن بالكسب الحلال على الفقر فإنه ما افتقر أحد قط إلا أوتى ثلاث خصال : رقة فى دينه ، وضعفاً فى عقله ، وذهاباً فى مروءته ، وأعظم من هذه الثلاث استخفاف الناس به » [٤] فينبغى حمل النصوص الشرعية حملا يرفع عنها التعارض ، ويزيل التناقض .

وإن النظر الصحيح لكل من الفقر والغنى وما يتبعهما من آثار يظهر أنهما محل ابتلاء للعبد المؤمن كسائر أحوال الإنسان . يقول ابن القيم رحمه الله تعالى : « فالله سبحانه وتعالى كما هو خالق الخلق فهو خالق ما به غناهم وفقرهم ، فخلق الغنى والفقر ليبتلى بهما عباده أيهم أحسن عملا ، وجعلهما سبباً للطاعة والمعصية والثواب والعقاب قال تعالى :

« ونبلوكم بالشر والخير فتنة وإلينا ترجعون » [٥] قال ابن عباس : أى

---

(١) سورة البقرة : ٢٩

(٢) سورة الملك : ١٥

(٣) سورة الأعراف : ٣٢

(٤) بحثت عن أصله فلم أره ولعله ينطبق على بعض الناس من الجهال دون سائرهم ، ولو أردت ان ترفع كلمة الفقر وتجعل مكانها كلمة الغنى لتطابق هذا الكلام الحكيم أكثر

(٥) سورة الأنبياء : ٣٥

بالشدة والرخاء والصحة والسقم والغنى والفقر والحلال والحرام وكلها بلاء. وقال تعالى : « فأما الإنسان إذا ما ابتلاه ربه فأكرمه ونعمه فيقول ربى أكرمن وأما إذا ما ابتلاه فقدر عليه رزقه فيقول ربى أهانن . كلا بل لا تكرمون اليتيم ولا تحاضون على طعام المسكين » [٦] .

أخبر تعالى أنه يبتلى عبده باكرامه له وبتنعيمه له ، وبسط الرزق عليه كما يبتليه بتضييق الرزق وتوسعته إكرام من الله لعبده ، وإن تضييقه عليه إهانة من الله له فقال : كلا ... أى ليس الأمر كما يقول الإنسان ، بل ابتلى بنعمى وأنعم ببلائى . فالدنيا دار ابتلاء وعمل ، والآخرة دار جزاء قال تعالى :

« تبارك الذى بيده الملك وهو على كل شىء قدير ، الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا وهو العزيز الغفور » [٧] وقال صلى الله عليه وسلم : « إن الدنيا حلوة خضرة ، وإن الله مستخلفكم فيها فينظر كيف تعملون ، فاتقوا الله فى النساء » رواه البيهقى عن ابن عمر ورواه الطبرانى عن ميمونة أم المؤمنين رضى الله عنها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يحمد شىء من الغنى أو الفقر إلا من حيث استخدام كل منهما وفق الغاية المرجوة من استخدامه فيها ، فالمال ان لم ينفع صاحبه ضره ، فإن هذه الأمور وسائل لمقاصد يتوسل إليها فى الخير والشر ، فإن عطلت عن التوسل بها الى المقاصد والغايات المحمودة توسل بها إلى أضدادها . فأربح الناس من جعلها وسائل إلى الله والدار الآخرة وذلك الذى ينفعه فى معاشه ومعاده وأضر الناس من توسل بها الى هواه ونيل شهواته وأغراضه العاجلة فخسر الدنيا والآخرة .

إذا اتضح ذلك تجدر الإشارة من ناحية أخرى إلى أن ذم الغنى ومدح المسكنة الواردة أحياناً ليس على اطلاقها . فاختبار ابتلاء الغنى كاختبار

---

(٦) سورة الفجر : ١٥ ، ١٦ ، ١٧

(٧) سورة الملك : ١ ، ٢

ابتلاء الفقر بل هو أعظم ، وكذلك الفتنة فى ابتلاء الغنى كالفتنة فى ابتــلاء الفقر تماماً ، وإن طول محاسبة العبد الغنى يوم القيامة بسبب عظم مسئوليته فى هذه الحياة لا يؤثر على درجته عند الله . يقول أمير المؤمنين على كرم الله وجهه : « الدنيا أولها عناء ، وآخرها فناء ، حلالها حساب ، وحرامها عقاب ، من صح فيها أمن ، ومن مرض فيها حزن ومن افتقر فيها ندم ، ومن استغنى فيها فتن ، من قعد عنها أتته ، ومن أتى إليها فاتته ، ومن نظر إليها أعمته ، ومن نظر بها أبصرته » ويقول العلامة ابن قيم الجوزية :

ولا يقدح ذلك (أى فى دخول الفقراء الجنة قبل الأغنياء) فى منــزلة المتأخرين ، فإنهم قد يكونون أرفع منزلة ممن سبقهم إلى الدخول ،وان تأخروا بعدهم للحساب . فإن الإمام العادل يوقف للحساب ، ويسبقه من لم يل شيئاً من أمور المسلمين إلى الجنة ، فإذا دخل الإمام العادل بعده كانت منزلته أعلى من منزلة الفقير ، بل يكون أقرب الناس منزلة من الله تعــالى كما فى صحيح مســلم ، قال رســول الله صلى الله عليــه وآله وســلم : « المقسطون عند الله يوم القيــامة على منابر مــن نور عن يمين الرحمــن ــ وكلتا يديه يمين ــ الذين يعدلون فى حكم أهليهم وما ولوا » .

وقال صلى الله عليه وسلم « التاجر الصدوق الأمين يحشر يوم القيامة مع الصديقين والشهداء » رواه الترمذى وحسنه وعبد بن حميد والدارمى وابن جرير والدارقطنى والحاكم عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وروى بلفظ أخصر من هذا عن ابن عمر عند ابن ماجه والحاكم والبيهقى وروى : « التاجر الصــدوق لا يحجب من أبواب الجنــة » رواه ابن النجــار عن ابن عباس .

وروى : « التاجر الصــدوق بمنزلة الشــهداء يوم القيــامة » رواه ابن النجار عن أنس .

وروى : « التاجر الصدوق تحت ظل العرش يوم القيامة » رواه الديلمى عن أنس .

وفى الصحيحين « شكا فقراء المهاجرين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : يا رسول الله ، ذهب أهل الدثور بالأجور يصلون كما نصلى ويصومون كما نصوم ولهم فضول أموال يحجون بها ويتصدقون . قال : أفلا أعلمكم شيئاً تدركون به من صنع مثل ما صنعوا ؟ قالوا : بلى يا رسول الله قال : تسبحون الله وتحمدون وتكبرون دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين . فرجع فقراء المهاجرين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : سمع إخواننا أهل الأموال ففعلوا مثله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء » .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لا حسد إلا فى اثنتين : رجل آتاه الله القرآن فهو يقوم به آناء الليل والنهار ورجل آتاه الله مالا فهو ينفقه آناء الليل والنهار » متفق عليه .

وقال صلى الله عليه وسلم : « إذا تصدق العبد من كسب طيب — ولا يقبل الله إلا طيبا — أخذها الله بيمينه ، فيربيها كما يربى أحدكم فَلُوَّه أو فصيله حتى تكون مثل الجبل العظيم » .

« وشهد صلى الله عليه وسلم بأن اليد العليا خير من السفلى » وقال صلى الله عليه وسلم عندما جهز عثمان جيش العسرة : « ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم » ثم قال : « غفر الله لك ياعثمان ، ما أسررت وما أعلنت ،وماأخفيت وما أبديت وما أخرت وما قدمت وما كان منك وما هو كائن إلى يوم القيامة » رواه أبو نعيم عن حسان بن عطية عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه ، وأخرجه الحاكم وأحمد فى سننه ، وأبو نعيم أيضا عن عبد الرحمن بن سمرة والطبرانى فى الكبير عن عمران بن حصين ، وأخرجه أيضاً أحمد فى المسند عن عبد الرحمن بن خباب السلمى ، وأخرجه أبو نعيم أيضا عن ابن عمر فى فضائل الصحابة .

والعبد الذى يطهر مصدر كسبه ويؤدى الذى عليه لا يضره بعد ذلك كم ملك من المال ، بل إن هذا المال سيكون كله نعمة مسخرة فى يده لطاعة الله تعالى ثم لرجاء الجزاء الأوفى منه بعد ذلك حتى إن النبى صلى الله عليه

وسلم قال : « ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم » وما أتى ذم الدنيا وجمع المال فيها إلا لانحراف الناس عن هذا النهج القويم فأصبحوا عبيداً لدنياهم ولشهواتها وأهوائها قال تعالى : « ألهاكم التكاثر حتى زرتم المقابر كلا سوف تعلمون ثم كلا سوف تعلمون » [1] .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أبشروا وأملوا فوالله ما الفقر أخشى عليكم ، ولكن أخشى أن تبسط عليكم الدنيا كما بسطت على من كان قبلكم ، فتنافسوها كما تنافسوها فتهلككم كما أهلكتهم » لذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى :

(الزهد تركك ما ينفعك والورع تركك ما يضرك ، فالزهد فى جوهره درجة فى تصحيح العبد تصوره للحياة ، وفهمه لغايات الدين ، لا مجرد شكل من الأشكال هو فراغ اليد من المال والقلب متعلق به) .

فما ينبغي لمن يتحدث عن الزهد وذم الغنى أن يغفل هذه المعانى الواضحة وإلا كان من الذين يكتمون آيات الله ، فالمجتمع الذى يزدهر اقتصاده ويتوافر فيه المال فى إطار رشيد مجتمع يعين أفراده على البر والتقوى ، وييسر لهم مضاعفة العبادة ، ويحفظهم من فتنة القبر .

والمجتمع المسلم القوى الغنى مجتمع يقوم بشكله داعياً إلى الإسلام ، يعين سائر الناس على أن يتبينوا مزية الدين متجلية فى واقع ماثل . فالدعوة إلى الله وإلى دينه لا تنحصر فى شكل واحد هو المجادلة والموعظة بالكلام النظرى بل الحياة كلها ينبغي أن تسخر للدعوة ، خاصة فى هذا العصر الذى تتنافس فيه المذاهب من خلال قوة النظم التى تؤسس عليها وسلامتها من العلل والمظالم ، والذى ينبهر فيه أكثر ما يكون بالقوة الاقتصادية ، وإن قوة البناء الاقتصادى الداخلى والخارجى هى التى تمكن المسلمين من أن يعلموا العالم كيفية استخدام نعماء الله الكونية بتوازن عادل يخدم غايات الفرد والجماعة الإنسانية .. لا بالنظام والتناقض الذى يعيشه عالم اليوم ، وتبدو مشاهده فى أوربا الغربية وأمريكا ترفض طغيان المادة وترفها ، وتكافح ضد

(1) سورة التكاثر : ١ ــ ٤

الانفاق المسرف على الأسلحة المدمرة ، ومواكب أخرى من صنوف البشر فى آسيا وأفريقيا تستجدى لقمة تقيم بها الأود ، وما هذه إلا صورة واحدة لسوء استغلال نعم الله على هذه الأرض . والمسلمون وحدهم يستطيعون أن يقدموا نموذجاً عملياً معتدلا تراعى فيه حقوق الجماعة والأفراد ، وتتوازن فيه أنصبة الفئات والشعوب ، حتى إذا لم يبلغ أن يكون نموذجاً أشعريا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم ثم جعلوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية ، فهم منى وأنا منهم » .

والاهتمام بالبناء الاقتصادى للمجتمع المسلم ليس بالأمر الجديد بل هو أمر لازم رفعاً للفتنة ، وتوسلا إلى الوفاء بسائر الحاجات الشرعية للمجتمع المسلم كنشر العلم وسط الأمة ، وإنما الجديد فيه أن ظروف العصر تقتضى استخدامه بصورة أوضح من ذى قبل وأكثر فعالية ... عندما دب اليأس فى نفوس بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال لهم « ليتمن الله هذا الأمر حتى يسير الراكب من صنعاء إلى حضرموت لا يخشى إلا الله والذئب على غنمه » .

وقال تعالى ممتنا ومذكراً لأهل مكة بما أسبغه عليهم من نعمة الأمن والكفاية الاقتصادية :

« لإيلاف قريش ، إيلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف » [1] . فالأمن أو الاستقرار عنصر من عناصر تنمو فى ظلها القوة الاقتصادية التى تعود ببركاتها فتزيد الناس أمناً وقوة واطمئناناً ، واقتران الوفرة الاقتصادية والقوة الأمنية من المسلمات فى عالم اليوم ، ولكننا ننسى أن الله تعالى قد أوحى إلينا أن الدعوة إلى الله لابد لها من قوة سلطان . فقال تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » [2] .

---

(١) سورة قريش

(٢) سورة الأنفال : ٦٠

وتشمل كل أنواع القوة ، أولها الإيمان ، والاخلاص ، والاستعداد للتضحية والقوة المادية من عسكرية واقتصادية . وبهذه العناصر المباركة تستطيع الجماعة المسلمة أن تكون أعظم من غيرها .

ولقد أفاض الله نعمه ظاهرة على ديار المسلمين وباطنها أعظم ، والأرض كلها — إن شاءوا — لهم داراً ، فقعود المسلمين اليوم عن الاستغلال الرشيد لثرواتهم والنهوض بحالهم فى هذا المجال جريمة يحاسبون عليها فى الدنيا والآخرة .

وخلاصة القول أن رجل الأعمال الذى يدخل دنيا المال منفعلا بهذه المعانى قاصداً وجه الله وعبادته ، متوخيا مصلحة الجماعة المؤمنة هو الذى يبعث يوم القيامة مع الصديقين والشهداء ، كيف ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخلق عيال الله أحبهم إلى الله أنفعهم لعياله » رواه الديلمى فى مسند الفردوس عن أبى هريرة وكذلك رواه الخطيب البغدادى عن عبد الله ابن مسعود ، وروى الخطيب البغدادى عن أبى هريرة رضى الله عنه : « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت والعاجز من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله الأمانى » .

وإن أمة الإسلام لا تحتاج اليوم إلى شىء بعد تصحيح تصورها العقدى أكثر من حاجتها لتطهير كسبها من ناحية ، وتوجيه هذا الكسب الوجهة التى تخدم غايات الإسلام الكبرى ، ومصلحة المسلمين العظمى .

وإن أقل ما يمكن أن يوصف به العمل للحصول على المال واستثماره هو أنه عمل مباح ، وقد يكون مندوباً إليه وقد يكون واجبا أو مكروها بحسب مقتضيات الحال والمسئولية ، ولكن ينبغى أن لا تغيب عن أذهاننا الحقيقة الأولية ، ألا وهى أن المال مال الله ، وأن يد العبد عليه مهما قويت وامتلأت إنما هى يد استخلاف « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » [1] ولقد بينت الشريعة المنهج الذى يتبعه العبد لاكتساب المال ابتداء كما بينت

---

(١) سورة الحديد : ٧

طرق استثماره وإنفاقه ، فالمال المشروع انما يكتسب من وجه حلال .. وجه يتوفر فيه عنصر الرضا الكامل ، بحيث لا تشوبه شائبة من شوائب الباطل من ظلم أو استغلال ، فقال تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [٢] . « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » [٣] .

ينبغي أن يخلو الكسب من الربا وكدره ، ومن الغرر والغرور وسائر وجوه الغش . ولذلك حرم الله الظلم فى اكتساب المال وتثميره كما حـرمه فى كل وجوه الحياة الأخرى : « يا عبادى إنى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا » حديث قدسى أخرجه مسلم مطولا .

وإذ اختط الله بالإسلام منهجاً يتبع وسلوكاً يراعى فى سبيل اكتساب المال وتثميره فقد وضح من ناحية أخرى حقوقاً وواجبات كثيرة على كسب العبد المؤمن والغرض من هذه الحقوق والواجبات هو أن تعطى الكسب قيمة اجتماعية ودينية توجهه الوجهة الصحيحة المتسقة مع الهدف الذى من أجله خلق الإنسان ... هدف الابتلاء والعبودية لله تعالى .

ولئلا يلقى بالعبد المؤمن فرداً فى هذا الخضم الواسع من وجوه الكسب الموجهة بقيم هذه الحضارة الغربية المحـكومة بقوانينهـا المـادية ، قامت مصارف إسلامية تقول إنها لا تتعامل بالربا وتقول كل ما سبق لنا وارتضيناه ارشاداً ، وقولا ناصحاً وقد كان السلف الصالح يرى أن فى تعلم المعاملات وأحكام البيانات والمعاوضات والقرض والرهن وغير ذلك من الواجبـات العينية قال الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى : اعلم أن تحصيل علم هذا الباب واجب على كل مسلم مكتسب . وإن « طلب العلم فريضة على كل مسلم » وإنما هو طلب العلم المحتاج إليه ، والمكتسب يحتاج إلى

---

(٢) سـورة النسـاء : ٢٩

(٣) سورة البقرة : ١٨٨

علم الكسب ، ومهما حصل علم هذا الباب يوقف على مفسدات المعاملة فيتقيها ، وما شذ عنه من الفروع المشكلة فيقف على سبب أشكالها ، فيتوقف فيها إلى أن يسأل ، فإنه إذا لم يعلم أسباب الفساد بعلم جملى فلا يدرى متى يجب عليه التوقف والسؤال ، ولا قال : لا أقدم العلم ، ولكنى أصبر إلى أن تقع الواقعة فعندها أتعلم وأستفتى ، فيقال له : وبم تعلم وقوع الواقعة ما لم تعلم جملة من مفسدات العقد ؟ فإنه يستمر فى التصرفات ويظنها صحيحة مباحة ، فلابد من هذا القدر من علم التجارة ليتميز له المباح من المحظور ، وموضع الأشكال من موضع الوضوح لذلك روى عن عمر رضى الله عنه « أنه كان يطوف السوق ويضرب بعض التجار بالدرة ويقول : لا يبيع فى سوقنا إلا من يفقه والا أكل الربا شاء أو أبى » .

والبنوك الإسلامية قد غيرت نوعاً ما من صور المعاملات البنكية الربوية ولكنها لم تحدث انقلابا يؤدى إلى تطهير جميع المعاملات والقاعدة العامة التى تستخلص من أصل التشريع ــ القرآن والسنة ــ هى أن الأصل فى العقود والشروط الاباحة إذا كانت برضا المتعاقدين ، الا ما دل دليل على منعه .

والشركة باب ثابت فى جميع كتب الفقه على اختلاف مدارسها ومذاهبها، والشركة (عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون الأصل ــ أى رأس المال ــ والربح مشتركا) .

وقد اتسع معنى المال الآن وأصبح مدلول رأس المال يشمل معانى مختلفة ، وعليه فيمكن استعمال اللفظين الآن بمعنى واحد ، وقد كان رأس المال يستعمل فى شركة الأموال فحسب .

❁ ❁ ❁

البدائل التى قامت عليها البنوك الاسلامية

ذكرنا فيما مضى أنواع الشركة وذكرنا منها .

١ ــ شركة الأموال : وهى التى يكون الأصل فيها مالا مشتركاً بين طرفى العقد على أن يعملوا فيها بأبدانهم وهى صحيحة باتفاق جميع الفقهاء بل هى الأصل فى الشركات ، وعند الاطلاق يراد بها شركة الأموال وتنعقد أيضاً شركة الأموال على صفتين هما : العنان ، والمفاوضة ، وصفة العنان هى الأصل الذى تقوم عليه :

٢ ــ شركة الأعمال : وهى عقد يشترك بموجبه اثنان أو أكثر فى عمل كالتجارة أو الطب أو الحدادة على أن ما قسم الله من أجر فهو بينهم .

وتسمى هذه الشركة أيضاً بشركة الأبدان وشركة الصانع وشركة التقبل ، وسميت بذلك لأن العمل والحرفة هما رأس مال هذا النوع من المشاركة ، ومن الفقهاء من جوزها بين أصحاب الحرفة الواحدة فقط كمالك رضى الله عنه ولم يجزها الشافعى رضى الله عنه لما فيها من الغرر بينما أجازها أحمد رضى الله عنه وإن اختلفت مهنهم وأعمالهم وبنى الشافعى رضى الله عنه حكمه على أن المال وحده هو الذى يستحق به الربح .

٣ ــ شركة الوجوه : وهى عقد يشترك بموجبه اثنان فأكثر على أن يشتروا بوجاهتهم وسمعتهم وثقة الناس فيهم ــ أن يشتروا بالنسيئة ــ أى بالدين ، على أن ما قسم الله من ربح بعد تصريفهم لما اشتروا يكون مشتركاً بينهم . جوز هذه المشاركة كل من الحنفية والحنابلة ، ومنعها مالك والشافعى . حيث قال مالك : إن الشركة لا تجوز إلا على المال أو العمل كما هو الحال بالنسبة لشركتى الأموال والأعمال .. وها هنا لا يوجد مال ولا عمل ، فلا تصح شركة الوجوه .

والأرجح فى كل ذلك اطلاق جواز المشاركة عند بعض المعاصرين الذين يحسبون أنهم من أهل الترجيح ، إذ يقولون : إن مادتها كلهــا هو كسب الإنسان ، هو محور الشركة بكل أنواعها فليس المال إلا ثمرة لعمل صالح ، وتقويماً له ، وليست الوجاهة إلا ثمرة كذلك للعمل ، وليس فى الأصــول الشرعية التى تبيح المشاركة والتعاون على الخير ، ما يقيــد أو يميز بعض الكسب عن بعضه .

الشروط العامة لصحة الشركة

وضع الفقهاء شروطاً عامة لضبط صحة الشركة ، وباعتبار أن الشركة عقد من العقود ، فإن القواعد التى تحكم هذا العقد لا تخرج فى جملتها عن القواعد العامة التى تحكم انشاء وصحة العقد ، اللهم الا اختلافاً فى مواطن يختص بها عقد الشركة ، كما ينبغى التنبيه على أن شروط صــحة الشركة العامة شروط اجتهادية ، اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا حول بعضــها الآخر ، ومازال باب الاجتهاد فيها مفتوحاً لأهل الاجتهاد من غير الأدعيــاء والمتطفلين .

اشتراط الفقهاء لصحة الشركة

(أولا) أن يكون رأس مالها من الأموال التى لا تتعين بالتعيين ــ ألا وهى العملة أو العملات المتداولة ، لأنها كما يقول ابن القيم « قيم الأموال وأثمان البياعات » .

واختلفوا فى صحة غيرها كالعروض ، فأجــازه بعض المالكيــة وبعض الحنابلة ، ومنعه الجمهور .

احتج الجمهور بأن الشركة تقتضى الرجوع برأس المال أو مثله عندالمفاصلة بتصفية العقد أو فسخه . والعروض لا مثل لها ، وقــد تزيد قيمــة جنس العرض أو تنقص عند المفاصلة .

واستدل المجوزون بأن مقصود الشركة هو التصرف فى المال ، وأن يكون الربح بينهم ، وهذا يحصل فى العروض كحصوله فى الأثمان . ويرجع عند المفاصلة بقيمة العرض عند العقد قياساً على الزكاة ، فإن نصاب الزكاة فى العروض قيمتها ، فإذا صحت قيمة النصاب عند الزكاة مع الظن فما المانع من أن تصح هنا .

وعلى الرأى الواسع الذى يوافق طلاقة التشريع الإسـلامى ، والذى يجيزها بالعروض باعتبار قيمتها يوم العقد ، تعمل المصارف الاسلامية عند الدخول فى مشاركة مشروع يكون العميل مالكاً فيه لبعض العروض .

(ثانياً) أن يكون كل شريك أهلا للتوكيل والتوكل ، وذلك يعنى أن يكون متمتعاً بالأهلية التى تمكنه من أن يكون أصيلا فى عمله للشركة ووكيلا فى آن واحد ، فهو أصيل باعتبار أنه يعمل فى مال نفسه ، ووكيل باعتبار أنه لا يعمل فى مال نفسه فحسب ، بل فيه مخلوطاً بمال غـيره فهو لذلك وكيلهم ، وعدا حالات مستثناة ، فهذا الشرط يقتضى أن يكون الشريك أو من يمثله بالغاً عاقلا رشيداً ، وبذلك يكون قادراً على أن يزن مصـلحته ، ويحمى نفسه ، ويرعى مصلحة الآخرين .

(ثالثاً) أن يكون الربح معلوم القدر وجهالته تفسـد الشركة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد عقد المعاوضـة المالية .

(رابعاً) أن يكون الربح جزءاً شائعاً فى الجملة فإن عينه أحدهم بعشرة أو نحوه ، أو جعل من نصيبه شيئاً معينا بطلت الشركة ، لأن العقد يقتضى تحقيق الشركة فى الربح ، والتعيين يقطع الشركة ، لجواز ألا يحصل من الربح أو الأجر إلا القدر المعين لأحدهم ، فلا تتحقق الشركة فى الربح .

(خامساً) أن تكون الوضيعة ــ أى الخسران ــ بقدر حصة كل شريك فى الأصل .

(سادساً) أن تكون يد كل شريك فى كل ما يختص بأعمال الشركة وأموالها يد أمانة ، فلا يضمن ماأتلف إلا حيث قصر أو تجاوز حدود الأمانة ، وإن لم يكن ثمة تقصير أو تجاوز فما يقع على أحدهم من ضمان فى أثناء أداء عمل الشركة يلزم به كل الشركاء .

(سابعاً) إن عقد الشركة عقد غير لازم فى حق أحد الطرفين ، فلكل شريك أن يفسخ العقد متى شاء بشرط أن يكون ذلك بحضرة الآخر ، وإن لم يكن بحضرته فلا يحدث للفسخ أثره إلا من وقت العلم بالفسخ ،وجواز الفسخ هنا مقيد بما إذا لم يترتب عليه ضرر ، فإن ترتب ضرر منع من الفسخ حتى يزول المانع .

وقال بعض المالكية : هو عقد لازم ، وذهب ابن رشد منهم الى أنه عقد غير لازم كالجمهور . والشروط الخمسة المتقدمة مبنية كلها على معانى الدين ومبادئه ، التى تتجه الى سد ثغرات الغرر والظلم بين المتعاملين لتؤسس علاقاتهم على بينة تقطع المنازعة والمخاطرة وعلى عدل ينفى الغبن والاستغلال.

* * *

التطبيـــق

الاجراء المتبع هو أن يقدم العميل المستثمر مشروعه ، مقترحاً الصيغة التى يود التعامل بها مع البنك ، ثم يقوم البنك بواسطة متخصصين فى المجال المقترح بدراسة هذا المشروع من جوانبه المختلفة التى تشمل على الأقل :

(أولا) معلومات وافية عن العميل ، سمعته ، وعلى وجه الخصوص خبرته فى موضوع مشروعه وكفاءته وحسن إدارته لضـمان كونه شريكاً مأموناً لا يبغى ولا يغل .

(ثانياً) جدوى المشروع الاقتصادية والفنية لضمان ربحيته المباشرة .

(ثالثاً) جدوى المشروع الاجتماعية لضمان مغزاه فى المعيار الاجتماعى العام .

إذا اجتاز هذا المشروع هذه الدراسة بنجاح ، فان على الدارس أيضاً أن يؤمن على الصيغة المقترحة ، أو يقترح صيغة أخرى مبديا أسباب ذلك .

لا توضع معادلة ثابتة للمشاركة ، وإنما تختلف نسبة ما يدفعه البنك إلى ما يدفعه العميل بحسب الاتفاق ، ويأخذ البنك فى الاعتبـار امكانات العميل المادية ، فبينما يطلب من المقتدرين أن يدفعوا نسبة كبيرة يتجاوز مع غير المقتدرين بحسب حال كل واحد منهم ، وفى معظم الأحيان يدفع البنك ٦٠ ٪ من المكون الأجنبى بالإضافة إلى كل المصروفات بالعملة المحلية ــ هذا بالنسبة للاستيراد .

جرى العمل قديماً على أن يعمل كل الشركاء بالسوية تقريباً فى إدارة أو تنفيذ ما اشتركوا فيه . ولذلك كان الرأى الفقهى الغالب أن يقتســم الشركاء الربح بقدر حصة الواحد منهم فى رأس المال ، وباعتبار المقاصــة بالعمل المتساوى .

ومن الفقهاء من جوز للشريك الذى يعمل أكثر من غيره كما أو كيفاً بأن كان أحدهم أحذق للعمل المبين ، أن يشترط ربحاً أكثر من نسبة حصته فى رأس المال .

وللاعتبار الأول ــ اقتسام العمل بين الشركاء ــ ذهب المالكية والشافعية إلى أن الفرع يوزع بينهم بنسبة المساهمة فى رأس المال لا غير ، وقالت الحنفية والحنابلة : إن الربح يستحق بالمال أو العمل أو بهما معاً ، فإذا عمل أحدهم أكثر من غيره أو كانت له خبرة أفضل فله أن يشترط فى مقابلها نسبة زائدة من الربح ، وفى المشاركات التى تتم بين البنك وزبائنه غالباً ما يؤدى العميل الجزء الأكبر من العمل كادارة المشروع ، وتسويق البضائع ، وبناء على ذلك فقد جرى العمل على أن يعين البنك العميل مديراً لهذا المشروع ويحتفظ البنك لنفسه بحق الإشراف والرقابة ، ولمقابلة الادارة يخصص عقد المشاركة جزءاً من الربح ، وترتفع هذه النسبة المقتطعة للادارة وتنقص بحسب حجم الادارة المطلوب ، والمدة التى تستغرقها العملية حتى تصفى . وتتراوح هذه النسبة بين ١٥ ٪ إلى ٤٥ ٪ وما تبقى يقتسم بين البنك والشريك بنسبة حصصها فى رأس المال .

تحدد عادة نسبة تقريبية لتصفية المشاركة ، وإذا عجز الشريك عن إدارة المشروع وفشل فى تصفيته فى الوقت المتفق عليه ــ ففى غياب أى عذر مقبول ــ للبنك أن يتولى إدارة المشروع فى مقابل نسبة من الربح ويقوم بتصفيته .

ذلكم هو الأصل فى المشاركات أن تستمر حتى يصفى المشروع ، ولكن عقد الشركة عقد غير لازم كما قدمنا . وللمتشاركين أن يتفقوا على تصفيته قبل الوقت المحدد .. وعليه فكثيراً ما يطلب العميل شراء نصيب البنك من المشاركة ، ويتم ذلك كثيراً فى مناسبات المتشاركين فى الاستيراد ، والتى قد ينص فى عقدها ابتداء أنه متى رغب البنك فى بيع نصيب يعطى الشريك أولوية ، وقد يكون ذلك حقا للشريك أشبه بحق الشفعة . والنص على ذلك فى العقد ليس شرطاً فيما إن العقد غير لازم كما بينا ، فللمتشاركين أن يغيروا فى شروطه كيف شاءوا ما لم يدخلهم ذلك فى محظور .

المشاركة المنتهية بتمليك لأحد الشريكين

المشاركة المنتهية بتمليك لأحد الشريكين أو المشاركة المتناقصة ، معاملة مستحدثة فى بعض صورها وعرفتها الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية بأنها .

« مشاركة يعطى البنك فيها الحق للشريك فى الحلول محله فى الملكية دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة العملية ، على أساس إجراء ترتيب منتظم لتجنب جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة » .

ورأى المؤتمرون فى مؤتمر المصرف الإسلامى الأول بدبى ١٣٩٩ – ١٩٧٩ أن تكون المشاركات المنتهية بالتمليك على إحدى الصور الآتية والتى أنقلها من مقال الشيخ البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرر بمجلة البنوك الاسلامية مع تعليقاته على هذه الصور :

الصورة الأولى

يتفق البنك مع متعامله على تحديد حصة كل منهما فى رأس مال المشاركة وشروطها . وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص البنك إلى المتعامل بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق فى بيعها للمتعامل شريكه أو لغيره ، وكذلك الأمر بالنسبة للمتعامل مع البنك بأن يكون له حرية بيع حصته للبنك شريكه أو لغيره ، وهذه الصورة لا شبهة فى جوازها عندى .

الصورة الثانية

يتفق البنك مع متعامله على المشاركة فى التمويل الكلى أو الجزئى لمشروع ذى دخل متوقع ، وذلك على أساس اتفاق البنك مع الشريك الآخر لحصول البنك على حصة نسبة من صافى الدخل المحقق فعلا مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقى من الإيراد أو أى قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه من تمويل .

الصـــورة الثالثة

يحدد نصيب كل من البنك وشريكه فى الشركة فى صورة أسهم تمثـــل مجموع قيمة الشيء موضوع المشـــاركة (عقـــار مثلا) يحصـــل كل من الشريكين ـــ البنك والشريك ـــ على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار ، وللشريك إذا شاء أن يقتنى من هذه الأسهم المملوكة للبنك عدداً معيناً كل سنة بحيث تكون الأسهم الموجودة فى حيازة البنك متناقصة إلى أن يتم شريك البنك الأسهم بكاملها ، فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر . وهذه الصورة شبيهة بالصورة الأولى ، فكل منهما عبارة عن بيع أحد الشريكين نصيبه من الشركة لشريكه غير أن البيع فى هذه الصورة يكون على دفعات ، وفى الصورة الأولى يكون دفعة واحدة ، وكلاهما لا مانع منه مادام البيع يتم بعد بعقد مستقل .

شركات الامتيـــاز (الاحتكار)

بسطت الشريعة لولى الأمر سبيل الضرب على أيدى المحتكرين وذلك بفرضه بيع المال المحتكر بالسعر المماثل له فى أقرب محلة أو بتعزير المحتكرين حتى يبيعوا به .

وقد اختلف الفقهاء فى تحديد الأصناف التى يكون محتكرها آثما ، فمنهم من قصر الاحتكار المحرم الذى يسوغ لولى الأمر التدخل لمنعه على أنواع من الطعام مما كان يستعمله فى عصر النبوة لحديث (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) ولكن أبا يوسف توسع فى فحوى الخطاب حين اقتصر غيره من الفقهاء على حصر الاحتكار فى الأقوات وما يدخر منها ، وقد تتغير أعراف الناس فيكون كثير من غير الأقوات من حاجياتهـــم ومهماتهـــم بل وضروزرياتهم لذا قال رحمه الله :

(كل ما أضر الناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة . ومن احتكره بعد فقد أساء استعمال حقه فيما يملك ، لأن كل ما يضر حبســـه كالثياب مثلا لا يقل أذى للناس عن الاحتـــكار بإطلاق غير مقصـــور على

الطعام ، ولأن المقصود من منع الاحتكار هو منع الضرر عن الناس ، والضرر كما ينزل بمنعهم القوت ينزل أيضاً بمنعهم الثياب وغيرها ، فللناس حاجات مختلفة والاحتكار فيها يجعل الناس فى ضيق) ا هـ من الخراج .

وخطر الاحتكار على الاقتصاد العالمي أصبح فى غير حاجة إلى مزيد من البيان . فكم من شركة أو مؤسسة ولو حكومية احتكرت وسائل النقل لا ينافسها غيرها فأساءت إلى الناس بتقديم خدمة مشوبة بالأذى من سوء المعاملة وبطء المواعيد واختلالها وارتفاع الأجور وقذارة المقاعد . وكم من شركة أو مؤسسة احتكرت صناعة شيء مما أصبح فى هذا العصر من ضرورات العيش فعهدت إلى غشه بأدنى الأصناف ورفع ثمنه حتى يتوفر لها ربح كبير ، وكأن الربح هو الغاية ، وقد تعمد شركة الاحتكار إلى خفض أجور العمال توفيرا للنفقات ، فيعمد العمال إلى التراخى فى الدقة والاتقان فيخرج إنتاج الشركة معيباً كأنه شيص النخيل ــ وكل من عمل على جلب الخيرللناس مرزوق وكل من عمل على احتكار هذا الخير يتحكم فيه بغير ضابط من دين ولا وازع من ضمير فهو ملعون ، وبهذا الميزان العام نحكم على جميع عقود الامتياز .

فرع متمم لكتاب الشركة

فى وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً

تكلمنا فى كتاب الشركة من هذا الجزء على أنواع الشركات وما هو جائز عندنا وما هو ممنوع وأوضحنا أن فقهاء الحنفية أجازوا من أنواع الشركة شركة الأعمال وشركة الوجوه ، من حيث كونهما غير جائزتين عندنا أصلا . وأما شركة الأموال فيجوز منها شركة العنان دون المفاوضة ، وهو الأصح . (والثانى) تجوز شركة المفاوضة وذهبت الحنفية إلى أن الشركة نوعان شركة ملك وهى عبارة عن تملك اثنين فأكثر عيناً أو ديناً من طريق الإرث أو الشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو نحو ذلك ومما تقدم يفهم أن الشركة فى نظرهم شركة أشخاص بالمعنى القانونى الذى سيأتى بيانه . وأقوالهم واضحة فى أن كلا من الشركاء مالك لحصته من مال الشركة عقاراً

كان أو منقولا ، وأنهم لا يعتبرون الشركة شخصاً معنويا هو الذى يملك أموال الشركة دون الشركاء كما يقول بذلك فقهاء القانون الوضعى .

وفقهاء القانون المدنى والتجارى اختصوا باسم الشركة شركة العقد . أما ما يسميه فقهـاء الشريعة شركة الملك (أعنى الحنفية) فيسمونه الملك على الشيوع ويقولون : إن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع اقتصادى بتقديم حصته من مال أو عمـل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، ولابد أن يكون الغرض من الشركة استغلال رأس المال لقصد الكسب ، وبذلك تميزت عن الجمعيات وعن الملك على الشيوع .

ولابد أن يكون لما يقدمه الشريك لتكوين رأس المال قيمة مالية . أما النفوذ الأدبى أو السياسى فلا يعتبر حصة ولا يقبل من الشريك أما عمـله فيعتبر حصة ، ماديا كان أو يدويا أو فكريا مادامت له قيمـة مالية . ومن مجموع ما يقدمه الشركاء يتكون رأس مال الشركة وهو غير مملوك لأحدهم لا كله ولا بعضه وليس مملوكا لهم جميعا على الشيوع ، وإنما هو مملوك للشركة باعتبارها شخصاً مستقلا وقائماً بذاته ، فما يقدمه الشريك يخـرج من ملكه ويصبح مملوكا للشركة ، ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة وبذلك تعتبر حصته فى الشركة من المنقـولات ولو كان رأس مالها يشـتمل على عقارات ، وهم يقسمون الشركات إلى تجارية ومدنية والحد الفاصل بينهما هو نوع العمل الذى تكونت الشركة لقصـد القيام به ، بأن كان القانون يعتبره عملا تجاريا كانت الشركة تجارية ، وإلا فهى مدنية ، ومن المدنيـة الشركة التى تقوم بأعمال الصناعة الاستخراجية كاستغلال المناجم أو فلاحة الأراضى وإدارتها ، والشركات التى تقوم بشراء وبيع العقارات ، ويقسمونها أيضاً إلى شركات أشخاص وشركات أموال . وشركات الأشخاص وتسـمى أيضاً شركات الحصص ، وشركات بالحصص هى التى يكون الاعتبار الأول فيها لشخصية الشركاء وللثقة المتبادلة بينهم ، ولذلك تبطل إذا حصل خطأ

فى أحد الشركاء . ويجب حلها إذا توفى أو أفلس أحدهم أو انفصل من الشركة لانعدام الثقة فى كل هذه الأحوال .

ونصيب الشريك الذى يقدمه لرأس المال يسمى حصة . ومن مميزات الحصص أنه لا يشترط فيها التساوى وأنها غير قابلة للتنازل . ومن مميزات شركات الأشخاص أن المسئولية فيها ليست محدودة بمقدار الحصص فى رأس المال ، فقد يكون الشركاء جميعاً مسئولين عن جميع ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة كما فى شركة التضامن . وقد يكونون طائفتين : طائفة مسئولة بالتضامن وطائفة محدودة المسئولية كما فى شركة التوصية بالحصص ، وقد يكون واحد فقط هو المسئول مسئولية غير محدودة لأنه يتعامل باسمه وباعتباره الشخص الظاهر ، أما بقية الشركاء فلا مسئولية عليهم أمام الغير كما هو الحال فى شركة المحاصة .

أما شركات الأموال فإنها لا تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء بل يجمع رأس مالها بطريق تقسيمه إلى أسهم تعرض فى السوق ليسهل على الجمهور اقتناؤها بالاكتتاب فيها ، وكل من اكتتب ولو فى سهم واحد من أسهمها أصبح شريكا أى مساهما وعضواً فيها ، والأصل فى هذه الشركات أن مسئولية الشركاء فيها محدودة بقيمة ما يكتتبون فيه من الأسهم وذلك بالنسبة لجميع المساهمين فى شركة المساهمة . أما شركة التوصية بالأسهم فالشركاء فيها طائفتان طائفة محدودة المسئولية كما فى شركة المساهمة ، وطائفة غير محدودة المسئولية ، ومن مميزات شركات الأموال أنه لا يؤثر فيها موت الشريك ولا إفلاسه ، وأن نصيب الشريك فى رأس المال يسمى سهما لا حصة حتى فى شركة التوصية بالاسهم ، والسهم جزء من أجزاء متساوية من رأس مال الشركة يقدمه المساهم فى مقابل اشتراكه فيها ويدفعه كله أو بعضه للمؤسسين مع التعهد بدفع الباقى للشركة بعد تأسيسها بناء على طلبها ، وفى المواعيد التى يحددها قانونها النظامى . ومتى دفع المساهم كل قيمة السهم أعطى له المؤسسون شهادة نهائية أو سنداً يثبت ملكيته للسهم ودفع قيمته كاملة وسند السهم يجوز أن يكون فى صورة سند لحامله ويجوز أن يكون فى صورة سند اسمى (أى محرر باسم صاحبه)

وسند السهم ليس إلا دليلا على ملكية المساهم له ، غير أن العادة التجارية والدواعى الاقتصادية قضت بأن يندمج الحق فى الورقة المثبتة له بحيث تصبح فى نفسها سلعة تباع وتشترى كأية سلعة أخرى ، وقد تتخذ سعراً مستقلا عن قيمة الحق الذى تثبته قد يزيد وينقص تبعاً لنجاح الشركة أو فشلها أو بتأثير عوامل سياسية أو اقتصادية أو غيرها .

وتمتاز الأسهم بتساوى القيمة والمسئولية المحدودة ، وجواز التنازل عن السهم بدون رضاء باقى المساهمين ، وقابليته للتداول كالأوراق التجارية أو للتحويل بالطرق المدنية ومجموع هذه المميزات هو الفارق الذى يميز بين السهم والحصة فيما ذهب إليه فريق من الكتاب .

وقال المرحوم الدكتور الزينى فى كتابه أصول القانون التجارى : إنه هو الرأى الصحيح فى نظره ، ومما هو جدير بالإشارة إليه أن الدكتور ذهنى جرى على أن الحصة تطلق على ما للشريك فى الشركة أى شركة ، وأن هذه الحصة تسمى فى شركة الأموال (سهما) وفى الأشخاص نصيباً ، أما الدكتور الزينى فإنه يطلق على حظ الشريك فى شركة الأشخاص اسم الحصة وفى شركة الأموال (نصيبا) أما الدكتور ذهنى فإنه يطلق على حظ الشريك فى شركة الأشخاص اسم (الحصة) وفى شركة الأموال اسم (السهم) .

هذا هو اصطلاح كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعى فى هذه المسألة وبمجرد المقابلة بينهما يظهر الفرق جليا بدون حاجة إلى إيضاح .

المراد من شركات الأموال الواردة فى هذا البحث شركات الأموال بالمعنى الذى ذكره فقهاء الشريعة وهى إحدى أنواع ما يسمونه (شركة العقد) فهى غير شاملة لما يطلق عليه الفقهاء اسم شركة الملك ، إذ لو شملت ذلك لأدى الأمر إلى وقف الحصة الشائعة فى عقار للواقف شريك فيه وعدم جوازها إذا كان العقار كله ملكا للواقف ، مع أن الأسباب التى دعت إلى منع ذلك متحققة فى كل منهما ، بل هى فى الحالة الأولى أظهر . ويؤكد أنه

استعمل فى جانبها كلمتا (حصص وأسهم) وهما كلمتان قانونيتان لا تستعملان فى الاصلاح التشريعى إلا بجانب الشركات التى يطلق عليها الفقهاء اسم شركة العقد ـ كما فى مذهب الأحناف ـ كما وصفت بأنها مستغلة ، وشركة الملك فى الاصطلاح الفقهى ليست شركة ربح واستغلال وهذا هو الحد الفاصل بينهما ـ أعنى بينها وبين شركة العقد فى عرف الفقهاء فاتضح من هذا أن وقف الشريك حصته فى شركة الملك الفقهية لا يطبق عليه حكم هذه الفقرة ، وإنما يطبق عليه حكم الفقرة التى قبلها ، وهى أيضاً غير شاملة لشركات المضاربة والمزارعة والمساقاة لأن كلا منها لا يطلق عليه فى الاصطلاح اسم شركة لأن أحد المتعاقدين لا شركة له فى الأصل ، والشركة فى الثمرة الناتجة من الأصل لا يراد بها الربح والاستغلال ، فنصيب الشريك فيها يخضع وقفه لحكم الفقرة الثانية أيضاً ، لأن الشركة فيه شركة ملك لا شركة عقد ، وشركات الأموال هنا شاملة للشركات المدنية والتجارية ، سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال ، ولا يراد منها شركات الأموال فى الاصطلاح الوضعى فحسب بقرينة أنه قد جمع فى الفقرة بين كلمتى حصص التى تستعمل قانوناً فى شركات الأشخاص فقط (والأسهم) التى تستعمل كذلك فى شركات الأموال فقط ، ولا يطلق على نصيب الشريك فى شركة الأشخاص اسم (السهم) ولا على نصيبه فى شركة الأموال اسم (الحصة) .

وقد روعى فى تقرير هذا الحكم طريقة فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار الشريك مالكاً لنصيبه من رأس مال الشركة وجميع أموالها منقولة كانت أو عقاراً ، ولم يراع المعنى الوضعى من اعتبار الشركة شخصاً قانونيا هو المالك ، وأن الشريك لا يملك إلا الحق الذى سبق بيانه ، وأنه تعتبر لذلك دائماً وإن استملت أموال الشركة على العقار ، وقد اشترط قانون الأوقاف المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى جواز وقفها أن تكون حصصاً وأسهماً فى شركات تستغل أموالها استغلالا جائزاً شرعاً كالشركات التجارية والصناعية والزراعية ، فإن الغرض الأساسى من تكوينها استغلال أموالها بطريقة تقرها الشريعة الإسلامية .

نعم قد تضطر فى بعض الأحيان إلى الاستقراض وإصدار سندات بهذا الفرض ، ولكن ذلك ــ وإن كان غير جائز شرعاً ــ عمل طارىء لا يعتبر الغرض الأساسى للشركة .

أما إذا كانت الشركة تستغل أموالها استغلالا غير جائز شرعاً فلا يصح وقف حصصها أو أسهمها كالبنوك ، فإنها تكونت بقصد استغلال أموالها من طريق الاقراض نظير الربا المحرم شرعاً ، وكشركات التأمين فإنها تستثمر أموالها من طريق المخاطرة المعتبرة من أنواع القمار المحرم شرعاً والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه .



قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الوكالة

الشرح الوكالة مشتقة من وكل يكل الأمر إليه إذا أنابه عنـه ، واعتمد عليه لعجـز أو طلب للراحة ، وفى الحديث : « اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا » وقوله صلى الله عليه وسلم « اللهم لا تكلهم إلىّ فأضعف عنهم ، ولا تكلهم إلى أنفسهم فيعجزوا عنها ، ولا تكلهم إلى الناس فيستأثروا عليها ولكن توحد بأرزاقهـم » رواه أحمـد وأبو داود والحـاكم عن عبد الله ابن حوالة وقال صلى الله عليه وسلم « من تعلق تميمـة وكل أمره إليهـا » ولفظ أحمد والترمذى وابن جرير والطبرانى والحاكم عن عبد الله بن عكيم وابن جرير وصححه عن أبى هريرة ، كأن الله قد تخلى عنه وجرده من عنايته به فصار أمره إلى نفسه أو الشيء الذى يتعلقه .

قال الكاسانى فى بدائع الصنائع : الوكالة فى اللغة تذكر ويراد بهـا الحفظ قال الله عز وجل : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » [1] أى الحافظ، وقال تبارك وتعالى : « لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا » [2] قال الفراء : أى حفظاً، وتذكر ويراد بها الاعتماد والتفويض قال تعالى : « عليه توكلت وعليه فليتوكل المتوكلون » [3] .

وقال تعالى خبراً عن سيدنا هود عليه السلام « إنى توكلت على الله ربى وربكم » [4] أى اعتمدت على الله ، وفوضت أمرى إليه ، وفى الشريعـة يستعمل فى هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوى ، وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

---

(١) سـورة آل عمران : ١٧٣

(٢) سـورة المزمل : ٩

(٣) سورة يوسف : ٦٧

(٤) سورة هـود : ٥٦

وقال الأزهري في شرح غريب مختصر المزني : (والوكيل الذي تكفل بما وكل به ، فكفى موكله القيام بما أسند إليه ، والوكيل : صفة من صفات الله عز وجل ، فقيل : معناه الكفيل ، ونعم الكفيل بأرزاق العباد . وقيل : الوكيل : الرب ونعم الرب . وقيل الحفيظ . وقال الفراء في قوله تعالى : « ألا تتخذوا من دوني وكيلا » (٥) قال : ربا ، ويقال : كافيا . ويقال : وكلت أمري إلى فلان : أي فوضت أمري إليه ، واكتفيت به . واتكل فلان على فلان . إذا اعتمد عليه .

وقال الشيخ محيي الدين النووي رضي الله عنه في تهـذيب الأسـماء واللغات (٦) :

الوكيل معروف ، ويقال منه : وكله توكيلا ، والاسم الوكالة ، والوكالة بفتح الواو وكسرها لغتان فصيحتان ذكرهما ابن السكيت وغيره ، والتوكل الاعتماد ، توكل على الله تعالى أو على فلان توكلا ، أي اعتمـد عليـه ، والاسم التكلان بضم التاء وإسكان الكاف ، وهذا الأمر موكول إلى فلان، وكلت الأمر إليه وكلا ووكولا ، إذا فوضته إليه وجعلته نائباً عنه ، ويقال : واكلت فلاناً مواكلة إذا اتكلت عليه ، واتكل عليك ، وقوله في الخطبـة « حسبي الله ونعم الوكيل » قيل : الوكيل في صفته سبحانه وتعالى بمعنى الموكول إليه . وقيل : الموكول إليه بتدبير خلقه وقيل : الحافظ ا هـ .

والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » (٧) .

فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم .

---

(٥) سورة الاسراء : ٢

(٦) جـ ٣ ص ١٩٥

(٧) الآية ٦٠ من سورة التوبة

ومن أدلة الكتاب أيضاً : « اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم » [٨] .

ويقول القاضي أبو بكر بن العربي : قوله تعالى : « والعاملين عليها » [٩] وهم الذين يقدمون لتحصيلها ، ويوكلون على جمعها ، وقال القرطبي في جامع أحكام القرآن : قوله تعالى : « والعاملين عليها » يعني السعاة والجباة الذين يبعثهم الامام لتحصيل الزكاة على ذلك .

ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف » [١٠] قال ابن العربي في أحكام القرآن : هذا يدل على صحة عقد الوكالة ، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به ، إذ يعجز كل أحد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره ، أو بترفه ، فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك في العبادات لطفاً منه سبحانه ، ورفقاً بضعفة الخليقة ، ذكرها الله كما ترون وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون ، وهو أقوى آية في الغرض .

وقال أقضى القضاة الماوردي رضي الله عنه : والأصل في جواز الوكالة الكتاب والسنة والوفاق ، أما الكتاب فهو ما استشهد له المزني في الآيتين وهو قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » [١١] . والآية الثانية قوله تعالى : « فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » [١٢] . ووجه الدلالة منها أنه لما جاز نظر الأولياء جعل نظرهم إنما

---

(٨) سورة يوسف : ٥٥
(٩) من الآية ٦٠ من سورة التوبة
(١٠) سورة الكهف : ١٩
(١١) سورة النساء : ٦
(١٢) سورة البقرة : ٢٨٢

يكون بوصية أب أو بتولية حاكم وهما لا يملكان فجاز توكيل المالك فى ملكه بل هو أجوز .

وقد تعلق بعض علمائنا فى صحة الوكالة من القرآن بقوله تعالى : « والعاملين عليها » وبقوله « اذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبى يأت بصيراً » (١٣) وآية القميص ضعيفة فى الاستدلال ، وآية العاملين حسنة

وقد جازت فى الطهارة ، وهى عبادة يجوز فيها النيابة فى صب الماء خاصة على أعضاء ، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضى مريضاً لا يقدر عليه ، وتجوز فى الزكاة فى أخذها وإعطائها ، وتجوز النيابة فى الصيام عند الشافعى وأحمد ، وجملة من السلف الأول ، وكذلك الاعتكاف مثله ، كما تجوز النيابة فى الحج على ما مضى فى أحكام الحج وتجوز الوكالة فى البيع — وهو المعاوضة وأنواعها — والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحوالة والضمان والشركة والإقرار والصلح ، والعارية وكلها أعمال تجوز النيابة فيها .

وكذلك من الكتاب قوله تعالى : « فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها » (١٤) .

وأما السنة فقد روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر فقال : أنت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » رواه أبو داود .

وروى الأثرم وأبو داود وابن ماجه عن الزبير بن الخرِّيت عن أبى لبيد عن عروة بن الجعد قال : « عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب ، فأعطانى ديناراً فقال : يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة ، فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوّقهما أو أقودهما ،

---

(١٣) سورة يوسف : ٩٣

(١٤) سورة النساء : ٣٥

فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت : يا رسول الله هذا ديناركم ، وهذه شاتكم قال : وصنعت كيف ؟ قال : فحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الأثرم.

وقال الشافعي رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع : فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إني لم أجد في الإبل إلا جملا خياراً رباعيا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » وحديث عبد الله بن أبي أوفى ، وقد مر في كتاب القرض وكتاب الزكاة ، وحديث أبي هريرة رضى الله عنه : « وكلني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حفظ زكاة رمضان ، وأعطى عقبة بن عامر الجهني غنماً يقسمها بين أصحابه وقد مر في كتاب الزكاة .

« وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة » ، « ووكل أبا رافع في قبول ميمونة » .

وأما الاجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحي إلى اليوم وإلى يوم الدين. واتفق العلماء على انعقاد وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم . أما الحاضر الذكر الصحيح فقال الشافعي تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة .

فمن رأى أن الأصل ألا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا مادعت إليه الضرورة ، وانعقد الاجماع عليه ، قال : لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ، ومن رأى أن الأصل هو الجواز . قال : الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه ، من العبادات وما جرى مجراها ، هذا ما جاء في الموكل ، أما شروط الوكيل فهو ألا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في

الشيء وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح ، أما عند الشافعى فلا يصح بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح وعند مالك يجوز بالواسطة الذكر .

وقد وكل على بن أبى طالب رضى الله عنه عقيل بن أبى طالب عنه ، ووكل عبد الله بن جعفر رضوان الله عليهما عند عثمان رضى الله عنه لما اختصم عقيل فى شرب كان ينازع فيه طلحة بن عبيد الله فركب عثمان فى نفر من الصحابة رضى الله عنهم إلى الموضع الذى كانا يتحاكمان فيه حتى أصلح بينهما فى الشرب ، فصار هذا منهم إجماعاً على جواز الوكالة ، ولأن الوكالة موضوعة إما لمن أحب صيانة نفسه عن البذلة فيها ، وإما لمن عجز عن القيام بها ، وكلا الأمرين مباح وحاجة الناس إليه أشد أما ما جاء فى محل التوكين فأن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان ، وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح .

ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجوز فى العبادات المالية كالزكاة والصدقة والحج ، وتجوز عند مالك فى الخصومة على الإقرار والإنكار . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان .

وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات مع الحضور عند الشافعى ،وفيها قولان ، وعند مالك تجوز على استيفاء العقوبات مطلقاً .

واختلف القائلون بجواز الوكالة على الإقرار فى مطلق الوكالة على الخصومة ، هل يتضمن الإقرار أم لا يتضمن . وقال أبو حنيفة : يتضمن .

فرع فإذا ثبت أن الوكالة جائزة وأنها فى اللغة تنطلق على الحفظ والمواعدة لما على الوكيل من حفظ ما وكل فيه ومنه قوله تعالى : « أم يكون عليهم وكيلا » [15] أى حفيظاً . وقال تعالى : « حسبنا الله ونعم

---

(١٥) سورة النساء : ١٠٩

الوكيل » [١٦] أى الحفيظ إلا أن الوكالة فى الشرع إنما سمى إقامة الوكيل مقام الموكل فى العمل المأذون فيه .

فــرع وأما الوكالة فهى عقد يتم بالايجاب والقبول كسائر العقود، وليست من العقود اللازمة بنفسها ، بل الجائزة على ما نفصله فى أحـكام هذا العقد ، وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شىء دون شىء وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم ، والتفويض ، أما مذهبنا فإنه لا يجوز الوكالة بالتعميم لما فيها من الغرر وإنما يجوز فيها ما سمى وحدد ، ونص عليه ، وهو الأقيس إذا كان الأصل فيها المنع إلا ما وقع عليه الاجماع وبذلك تكون الأركان أربعة موكل ــ بكسر الكاف اسم فاعل ــ وموكل ــ بفتح الكاف اســم مفعول ــ وموكل فيه وهو الشىء الذى فوضه فيه الموكل ، وصيغة وسيأتى تفصيل ذلك فى فصول الكتاب إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« تجوز الوكالة فى عقد البيع لما روى عن عروة بن الجعد قال : « اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً أشترى له شاة او اضحية ، فاشتريت شاتين فبعت احداهما بدينار ، وأتيته بشاة ودينار ، فدعا لى بالبركة فـكان لو اشترى تراباً لربح فيه ، ولأن الحاجة تدعو الى الوكالة فى البيع ، لأنـه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ اليه لكثـره اشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره ، وتجوز فى سائر عقود المعـاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والاعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لأن الحاجة الى التوكيل فيها كالحاجة الى التوكيل فى البيع وفى تملك المباحات ، كاحيـاء الموات واستقاء الماء . والاصطياد والاحتشاش قولان (احدهما) لا يصـح التوكيل فيها ، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام (والثانى) يصـح ، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالابتيـاع والاتهاب ، ويخالف الاغتنام لأنه يستحق بالجهاد ، وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به » .

(١٦) سورة آل عمران : ١٧٣

الشرح حديث عروة بن أبى الجعد البارقى رواه البخارى وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ، وفى إسناد من عدا البخارى سعيد بن زيد أخو حماد ، وهو مختلف فيه ، عن أبى لبيد لمازة ابن زبار ، وقد قيل : إنه مجهول ، لكن قال الحافظ ابن حجر : إنه وثقه ابن سعد . وقال حرب : سمعت أحمد يثنى عليه . وقال فى التقريب : إنه ناصبى جلد .

قال المنذرى والنووى : إسناده صحيح لمجيئه من وجهين ، وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقد سمعت الحي يحدثون عن عروة ورواه الشافعى عن ابن عيينة ، وقال إن صح قلت به . ونقل المزنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى : إنما ضعفه لأن الحى غير معروفين ، وقال فى موضع آخر : هو مرسل لأن شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحى . وقال الرافعى : هو مرسل . قال الحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديث الرافعى من فتح العزيز : « الصواب أنه متصل فى إسناده مبهم » .

أما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والإجارة وقضاء الديون والخصومات فى المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك ، واتفق الأئمة على أن إقرار الوكيل على موكله فى غير مجلس الحكم لا يقبل بحال . وكذلك اتفقوا على أن إقراره على موكله فى الحدود والقصاص غير مقبول ، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره ، وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشترى بأكثر من ثمن المثل ولا إلى أجل . وعلى أن قول الوكيل مقبول فى تلف المال بيمينه وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستأتى منبثة فى فروع هذا الكتاب .

وحول حديث عروة فى شراء الشاة يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى : إنه يدل على أن الوكيل فى شراء معلوم بمعلوم إذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل . وكذا ينبغى أن يكون الحكم ، وقال صاحب الكافى : ظاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة .

وفى الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشترى به شاتين بالصفة المذكورة ، لأن مقصود الموكل قد حصل وزاد الوكيل خيراً ، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم ، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووى فى زيادات الروضة .

وقد استدل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولى ، وهو الذى يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذوناً فى بيعه ، وهو قول مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، والشافعى فى القديم ، وقواه النووى فى الروضة ، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم على وابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، وإليه ذهب الزيدية .

وقال الشافعى فى الجديد وأصحابه : إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث « لا تبع ما ليس عندك » وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال . وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيلا فى البيع أيضا بقرينة فهمها من النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال أبو حنيفة إنه يكون البيع الموقوف صحيحاً دون الشراء . والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الإدخال . ويجاب بأن الإدخال للمبيع فى الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن . وروى عن مالك العكس من قول أبى حنيفة ، فإن صح فهو قوى فإن فيه جمعاً بين الأحاديث .

واما الوكالة فى تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما) لا يصح فيها لأنه تملك مباح ، فهل يكون بتملكه بوضع يده نائبا عن غيره من نفسه قد أتى عملا صحيحاً كأنه قد حاز شيئا ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة ، إذ لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيلا لغيره .

(والثانى) يصح ، لأنه امتلك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه

كسائر المعاملات من المعاوضات والهبات . قال فى روضة الطالبين : يجوز التوكيل فى تملك المباحات وإحياء الموات والالتقاط ، ويخالف الاغتنام لأنه لا يستحق إلا بالجهاد ، والجهاد لا وكالة فيه ، لأنه يتعين عليه بالحضور للملحمة ، فاستحق قسمه وسهمه فتعين له .

وقد أتينا على أحكام البيع والشراء فى الوكالة عند علماء الأمصار فى آخر فصول البيع وقبل التوكيل فى قضاء الدين من هذا الكتاب « كتاب الوكالة » وبالله سبحانه العون والتوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل فى عقد النكاح لما روى « ان النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمرى فى نكاح ام حبيبة » ويجوز فى الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه كما تدعو الى التوكيل فى البيع والنكاح ، ولا يجوز التوكيل فى الايلاء والظهار واللعان ، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل ، وفى الرجعة وجهان :

(احدهما) لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز فى الايلاء والظهار .

(والثانى) انه يجوز ، وهو الصحيح ، فانه اصلاح للنكاح ، فاذا جاز فى النكاح جاز فى الرجعة » .

الشرح حديث زواج أم حبيبة رضى الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد والنسائى عن عروة ، عن أم حبيبة ولفظ أبى داود « أنه زوجها النجاشى للنبى صلى الله عليه وسلم وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبى صلى الله عليه وسلم مع شرحبيل بن حسنة » وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهرى مرسلا « أن النجاشى زوج أم حبيبة بنت أبى سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

« وكانت أم حبيبة مهاجرة إلى أرض الحبشة مع زوجها عبد الله بن جحش فمات بتلك الأرض فزوجها النجاشى للنبى صلى الله عليه وسلم » .

وقد وكل النبي صلى الله عليه وسلم أبا رافع فى نكاح ميمونة وقد مضى تخريجه فى كتاب الحج فى أحكام نكاح المحرم ووجه الصواب فى ذلك .

اما الأحكام فإنه يصح من كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة كالزواج . وهل يصح توكيل العبد فى قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه ؟ . ذكر أصحابنا فى ذلك وجهين :

(أحدهما) يجوز توكيله لأنه ليس بولى . والوجه الآخر أنه موجب للنكاح فأشبه الولى .

وقد صحح الأئمة التوكيل فى عقد النكاح فى الإيجاب والقبول ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع فى قبول النكاح له ، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التردد من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه .

وفى الرجعة وجهان :

(أحدهما) أنه يجرى مجرى الإيلاء والظهار فلا يجوز فيه التوكيل

(والثانى) وهو الصحيح أنه إصلاح لما فسد من النكاح ، فإذا صح التوكيل فى عقد النكاح ابتداء فقد صح فى استئنافه وإعادته فجاز . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل فى اثبات الأموال والخصومة فيها لما روى « ان عليا كرم الله وجهه وكل عقيلا (رضى الله عنه) عند أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وقال : ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى ، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان (رضى الله عنه) وقال على : ان للخصومات قحما » قال أبو زياد الكلابى : القحم المهالك ، ولأن الحاجة تدعو الى التوكيل فى الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق ولا يحسن الخصومة فيه ، أو يكره أن يتولاها بنفسه ، فجاز ان يوكل فيه . ويجوز ذلك من غير رضى الخصم ، لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل فى قبض الديون ،

ويجوز التوكيل فى اثبات القصاص وحد القذف لأنه حق آدمى فجاز التوكيل فى اثباته كالمال .

ولا يجوز التوكيل فى اثبات حدود الله تعالى لأن الحق له ، وقد امرنا فيه بالدرء والتوصل الى اسقاطه ، وبالتوكيل يتوصل الى ايجابه فلم يجز ، ويجوز التوكيل فى استيفاء الأموال ، لان النبى صلى الله عليه وسلم بعث العمال لبعض الصدقات واخذ الجزى ، ويجوز فى استيفاء حدود الله تعالى ، لأن النبى ﷺ بعث انيسا لاقامة الحد وقال : « يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ووكل عثمان (رضى الله عنه) عليا كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة .

واما القصاص وحد القذف فانه يجوز التوكيل فى استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد او قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره ، وهل يجوز أن يستوفيه فى غيبة الموكل ؟ قال فى الوكالة : لا يستوفى ، وقال فى الجنايات : ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو ، وقبل العلم بالعفو : ففى الضمان قولان .

وهذا يدل على انه يجوز ان يقتص مع غيبة الموكل ، فمن اصحابنا من قال : يجوز قولا واحدا ، وهو قول ابى اسحاق ، لانه حق يجوز ان يستوفيه بحضرة الموكل فجاز فى غيبته كاخذ المال ، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب ، ومنهم من قال : لا يجوز قولا واحدا ، لان القصاص والحد يحتاط فى اسقاطهما ، والعفو مندوب اليه فيهما ، فاذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه ، وحمل قوله فى الجنايات على أنه اراد اذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل .

ومنهم من قال : فيه قولان (احدهما) يجوز (والثانى) لا يجوز ووجههما ما ذكرناه .

(فصل) ويجوز التوكيل فى فسخ العقود لأنه اذا جاز التوكيل فى عقدها ففى فسخها اولى ، ويجوز أن يوكل فى الابراء من الديون ، لانه اذا جاز التوكيل فى اثباتها واستيفائها جاز التوكيل فى الابراء عنها ، وفى التوكيل فى الاقرار وجهان :

(احدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأنه اثبات مال فى الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع .

(والثانى) لا يجوز ، وهو قول ابى العباس ، لأنه توكيل فى الاخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل فى الشهادة بالحق ، فاذا قلنا : لا يجوز فهل يكون توكيله اقرارا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه اقرار ، لأنه لم يوكل فى الاقرار بالحق الا والحق واجب عليه .

(والثانى) انه لا يكون اقراراً كما لا يكون التوكيل فى الابراء ابراء)) .

الشرح حديث أنيس سيأتى فى كتاب الحدود وقد أخرجه البخارى ومسلم وقصة توكيل على لأخيه عقيل وابن أخيه عبد الله بن جعفر ، قال الشافعى فى الأم : وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء فى العذر وغير العذر ، وقد كان على بن أبى طالب وكل عند عثمان عبد الله بن جعفر ، وعلى حاضر ، فقبل ذلك عثمان وكان يوكل قبل عبد الله بن جعفر عقيل ابن أبى طالب ولا أحسبه إلا كان يوكله عند عمر ، ولعل عند أبى بكر وكان على يقول : إن للخصومة قحما ، وإن الشيطان يحضرها ا هـ .

اما احكام الفصل فإنه يجوز التوكيل فى إثبات حقوق الله تعالى وحقوق العباد ، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شىء فوكل غيره عنه كما فعل على حين وكل عقيلا أخاه عند أبى بكر وعبد الله بن جعفر ابن أخيه عند عثمان وقال « إن للخصومة قحما ، وإن الشيطان ليحضرها ، وإنى لأكره أن أحضرها » قال أبو زياد الكلابى : القحم المهالك وهذه الروايات تحتاج إلى تحرير وتخريج إلا أن ابن قدامة فى المغنى يقول : وهذه قصص قد انتشرت ، لأنها فى مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة ، أو لا يجب أن يتولاها بنفسه .

قلت : ولأصحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

(والثانى) يجوز ، وهو الصحيح ، وإليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ، ولا يشترط فى صحة التوكيل رضى الخصم ، لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه الحق كالتوكيل فى قبض الديون ، وبهذا قال الشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة . وإن لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدوا للخصم . وقال أبو حنيفة :

لا تصح وكالة الحاضر إلا برضى الخصم وإلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً على ثلاثة أيام فيجوز حينئذ .

وأما التوكيل فى الجنايات فينقسم إلى قسمين :

(أحدهما) التوكيل فى إثبات الجناية فهذا غير جائز ، لأن الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدرء لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » وأمرنا بالتوصل إلى إسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل إلى ايجابه فلم يجز .

(القسم الثانى) وهو استيفاء حدود الله تعالى ، كالقصاص وأرش الجناية وحد القذف وكل ما تعلق به حق للعباد ، وكذلك فى إقامة الحد بعد ثبوت الجناية لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأنيس : « اذهب إلى امرأة فلان فإن اعترفت فارجمها » فعلق الجزاء على شرط الاعتراف وكذلك يمكن التوكيل فى حضرة الموكل ، وهذه العبارة التى ساقها المصنف فى قوله يجوز التوكيل فى استيفائها بحضرة الموكل ، لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته . تدل هذه العبارة على صحة ما فشا فى عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لأحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات وعمل الاجراءات التى يترافعون بها فى ساحة المحاكم ومجالس القضاء ويسمونهم بالمحامين .

فـــرع قال الشافعى فى الجنايات : ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ، فعلى من يكون الضمان ؟ على القاتل الذى لم يعلم بعفو موكله ؟ أم على الموكل الذى لم يحتط فوقع القتل ؟

قال المصنف : فيه قولان ، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال : يجوز قولا واحداً ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، لأنه حق يجوز استيفاؤه بحضرة الموكل فجاز فى غيبته ، كقبض الدين ، وحمل قوله : لا يستوفى الذى قاله الشافعى فى الوكالة على الاستحباب .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز قولا واحداً ، لأن الحد والقصاص إذا عرفنا أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتماس الشبهات الصارفة عن الإدانة وعرفنا مع ذلك أن العفو مندوب إليه بل رغب الله فيه وقال « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » فمن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو عنه ، ومن ثم حمل قول الشافعي في الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله ، ووجه القولين بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم .

فــــرع توكيل مسلم كافراً في استيفاء قود من مسلم هل يصح ؟ قولان (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح ، وهو اختيار الرملي في شرحه للمنهاج للنووي قال : وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه ، وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله ، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه والأول صحيح والثاني في غير محله إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأساً ، والله تعالى أعلم .

(فصل) في مذاهب العلماء في أركان الوكالة وشروطها

سبق أن قلنا : إن الوكالة عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود ، وليست الوكالة من العقود اللازمة ، وإنما هي من العقود الجائزة ، ولا تجوز بالتعميم لما فيها من الغرر ، وإنما يجوز فيها ما سمي وحدد ونص عليه .

وبالجملة فهي أن يفوض شخص شيئاً إلى غيره ليقوم به حال حياته ، إذا كان للموكل أو المفوض الحق في فعل ذلك الشيء مما يقبل النيابة ، فقولنا : أن يفوض لشخص شيئاً ليقوم به حال حياته ، معناه أن يرد الشخص الموكل أمر الشيء الذي له حق التصرف فيه إلى وكيله ، وذلك الشيء هو الموكل فيه ، ليتصرف الوكيل فيه كتصرف الموكل مدة حياته ، ولابد أن يكون التوكيل فيه بصيغة ، وبذلك تعلم أن التعريف قد اشتمل على أركان الوكالة الأربعة وهي موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وبهذا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : للوكالة ركن واحد وهى الصيغة التى تتحقق بهـا ، كقولك : وكلتك فى بيع هذه السيارة أو شرائها أو نحو ذلك ، ولا يشترط فيها القبول ، ولكن إذا رد الوكيل الوكالة فإنها ترتد . أما إذا قال : لا أقبل ثم باعها فإن بيعها لا يصح ، لأنه رد التوكيل ، وبذلك تعـلم أن الحنفيـة يخصون الركن بما إذا كان داخلا فى الماهية ، وخرج بقوله : حال حياته : الوصية ، فإن الوكيل لا يتصرف فيها إلا بعد الموكل ، فلا تسمى وكالة . أما باقى محترزات القيود على التعريف فإننا قد أوضحناها بفضـل الله فى شرحنا لهذا الكتاب ، وما نقلناه عن قدماء أصحابنا رضوان الله عليهم ، وقد روى أبو داود : « أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حـزام فى شراء أضحيته » وفى سنده مجهول ، ورواه الترمذى عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم ، ولكن حبيباً لم يسمع من حكيم ، فإن كان حبيب ثقة ولقيـه فقد جاز الاحتجاج بالحديث وروى أنه صلى الله عليه وسلم « وكل أبا رافع فى تزويج ميمونة رضى الله عنها ، ووكل عمرو بن أمية فى تزويج أم حبيبة » وقد أوضحنا أسانيدها آنفاً .

وأما أبو حنيفة رحمة الله تعالى فعنده أن الوكالة أن يقيم شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم على أن يكون الموكل ممن يملك التصرف فقوله : فى تصرف جائز خرج به ما إذا وكل الصـبى غيره فى هبـة ماله أو طلاق زوجته ، فإن تصرف الصبى فى ذلك غير جائز لما علمت فى باب الحجر أنه ممنوع من التصرفات الضارة به ، سواء كانت قولية أو فعلية . وقولهم : معلوم ، خرج به التصرف المجهول ، كما إذا قال : وكلتك فى مالى ، أو انت وكيلى فى كل شىء ، فإنه لا يثبت له بهذه الصيغة التصرف فيـما يملـكه الموكِّل ، وإنما يثبت له حق حفظه . وقوله : على أن يكون الموكل ممن يملك التصرف خرج به ما إذا وكل شخصٌ آخرَ فى شىء لا يملك الموكل التصرف فيه ، ويرد على هذا أن أبا حنيفة يصحح أن يوكل المسلم ذميا فى بيع الخمر والخنزير ، وأن يوكل المحرم شخصاً حلالا بالصيد ، مع أن المسلم ممنـوع من بيع الخمر والخنزير ، فهو لا يملك التصرف فيهـما ، وكذلك المحـرم ـ فى الحج ـ ممنوع من الصيد ، وعلى هذا تكون زيادة قيد ممن يملك التصرف غير صحيحة فإن التوكيل يصح ممن لا يملك التصرف .

والجواب أن المراد ممن يملك التصرف فى الأشياء فى ذاتها ، بصرف النظر عن العوامل التى منعته ، والأصل فى الأشياء الإباحة ، ولولا نهى الشارع عن بيع الخمر والخنزير لما منع شخص من التصرف فيهما .

وأما مالك رحمه الله تعالى وأصحابه فقالوا : الوكالة هى أن يقيم شخص غيره فى حق له يتصرف فيه كتصرفه بدون أن يقيد الإنابة بما بعد الموت ، فيخرج بذلك الوصية ، فإنها نيابة شخص لآخر بعد موته ، فلا تسمى الوصية وكالة ، وهل تسمى إنابة إمام المسلمين غيره من الولاة والقضاة وأئمة المساجد وكالة أم لا ؟ خلاف . والمشهور أنها لا تسمى وكالة ، وهذا ينبغى أن يزاد فيه التعريف قيد يخرج هذه الإنابة فيقال : هى أن ينيب شخص لا إمارة له سياسية أو دينية فى حق له يتصرف فيه كتصرفه هو ، أما من قال : إنها وكالة فلا حاجة به إلى هذا القيد .

وأجمل الامام الخرشى هذا التعريف بقوله فى الجزء السادس ص ٦٨ من حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل : (وأما فى الاصطلاح فقال ابن عرفة : نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، فتخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً أو صاحب صلاة والوصية . قوله غير ذى إمرة أخرج به الولاية العامة والخاصة ، كنيابة إمام أميراً أو قاضياً ، وقوله : ولا عبادة أخرج به إمام الصلاة ، وقوله : لغيره متعلق بنيابة ، والضمير عائد على المضاف إليه ، وقوله : غير مشروطة بموته أخرج به الوصى ، لأنه لا يقال فيه عرفاً وكيل ، ولذا فرقوا بين : فلان وكيلى ووصيى . اهـ .

وأما أحمد بن حنبل وأصحابه رضى الله عنهم فقالوا :

الوكالة هى استنابة شخص جائز التصرف شخصاً مثله جائز التصرف فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين .

فـــرع فى شروط الوكالة عند العلماء :

مذهبنا أنه يشترط فى الموكل أن يكون أهلا لمباشرة الشيء الذى يريد

أن يوكل فيه غيره ، بحيث يصح له أن يتصرف فيه بنفسه وبذلك يخرج الصبى والمجنون والمغمى عليه والسكران المتعدى بسكره ، والفاسق فى تزويج من له عليها الولاية ، لأن الفسق يسلب الولاية ، والنائم والمعتوه والمحجور عليه لسفه فى مال ونحوه والمرأة فى عقد نكاح فإنها غير أهل لمباشرته بنفسها بدون ولى ، فلا يصح أن تنوب عن غيرها فيه ، ومثلها المحرم فى ذلك فإنه ليس له أن يباشر عقد النكاح بنفسه مادام محرماً ، فلا يصح لغيره أن يوكله فيه وضابط ذلك أن كل ما جاز للإنسان أن يتصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره . وكل ما لا يجوز أن يتصرف الإنسان فى شىء منه بنفسه بدون إذن وليه فإنه لا يجوز له أن يوكل فيه غيره، ولكن هذا الضابط مبنى على الغالب ، لأنه يستثنى من الشق الأول منه مسائل ، منها ما إذا ظفر شخص بحق له فى دار مغلقة ولا يمكنه الوصول إليه إلا بكسر الباب أو نقب الجدار ، فإن له أن يباشر ذلك بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره ، ولو عجز عن العمل ما لم يكن من ذوى الهيئات ، ولا يليق بحاله أن يباشر ذلك العمل بنفسه فإنه فى هذه الحالة يصح أن يوكل غيره ، فهذا الرجل يجوز له التصرف بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل غيره .

ومنها : السفيه المحجور عليه إذا أذن له وليه بالنكاح ، فإن له أن يباشره بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره .

ومنها : الوكيل القادر على القيام بالعمل فيما وكل فيه فإن له أن يباشر العمل بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره إلا إذا كان غير لائق به . وكذلك يستثنى من الشق الثانى مسائل :

منها : الأعمى ، فإنه لا يجوز له أن يتصرف فى بعض الأعيان التى يتوقف التصرف فيها على الرؤية ، ولكنه يجوز له أن يوكل فيها غيره ، فهذا لا يجوز له التصرف بنفسه ، ومع ذلك فإنه يجوز له أن يوكل فيه غيره .

ومنها : المحرم بحج أو عمرة فإنه لا يصح له أن يباشر النكاح بنفسه كما تقدم ، ولكن يصح أن يوكل عنه غيره ليعقد له بعد التحلل من الإحرام،

وسواء نص فى التوكيل على أن العقد يكون بعد التحلل من الاحرام أو أطلق ولم ينص ، فانه يحمل على أن يكون العقد بعد التحلل وكما أن الموكل يشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف فى الشيء الذى يريد أن يوكل فيه غيره ، كذلك يشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف فيما يريد أن يوكل فيه عن غيره .

فكل ما جاز للإنسان أن يتصرف فى شيء بنفسه جاز له أن يتوكل فيه عن غيره ، وكل ما لا يجوز له أن يتصرف فيه بنفسه لا يجوز أن يوكل فيه عن غيره . وهذا الضابط أيضاً مبنى على الغالب ، فإنه تستثنى من الشق الثانى منه مسائل : منها : المرأة فإن لها أن تتوكل فى طلاق غيرها ، وليس لها أن تباشر طلاقها بنفسها فهى لا يجوز لها التصرف فى هذه المسألة مع أنه يجوز لها أن تتوكل .

ومنها : السفيه المحجور عليه ، والعبد ، فإن لهما أن يتوكلا فى قبول النكاح بدون إذن السيد ، أما فى إيجاب النكاح فإنه لا يجوز منهما ، مع أنه لا يصح لهما أن يتصرفا فى قبول النكاح لأنفسهما بدون إذن الولى والسيد .

ومنها : الصبى المأمون الذى لم يجرب عليه الكذب مرة واحدة ، فإنه يجوز توكيله فى إيصال الهدية والإذن فى دخول الدار ، وتفرقة الزكاة ، وذبح الأضحية . ومع ذلك ممنوع من التصرف .

فهذه شروط الوكيل والموكل . ويزاد عليها فى الوكيل أن يكون معيناً ، فلو قال لاثنين : وكلت أحدكما فى بيع كذا لم يصح .

فأما الموكل فيه ، فإنه يشترط فيه أمور :

(أحدها) أن يكون معلوماً ولو بوجه ما وإذا كان مجهولا جهالة تامة ، فإن التوكيل لا يصح ، فمثال المجهول أن يقول له : وكلتك فى جميع أمورى أو فى كل كثير وقليل ، فهذا التوكيل لا يصح لما فى الجهالة من الغرر المفضى للنزاع .

ومثال المعلوم من بعض الوجوه أن يقول له : وكلتك فى بيع أموالى أو دوابى أو نحو ذلك ، ولو لم تكن أمواله معلومة من جميع الوجوه لأنه يكتفى فى التوكيل بتميزها عن غيرها من العقود الأخرى .

(ثانيها) أن يكون قابلا للكتابة ، والشيء الذى يقبل النيابة هو إبرام العقود وفسخها ، فله أن يوكل عنه فى البيع والهبة والضمان والوصية والحوالة وغيرها من العقود .

وصورة التوكيل فى الضمان أن يقول : جعلت موكلى ضامناً لك كذا . وفى الوصية أن يقول : جعلت موكلى موصياً لك بكذا . وصورة التوكيل فى الحوالة أن يقول الوكيل : أحلتك بمالك على موكلى من دين بنظيره مما له على فلان . وكذا فسخ العقود ، فله أن يوكل فى إقالة شخص من شراء سلعة ، أو فى رد سلعة اشتراها بظهور عيب فيها ، أو فى فسخ عقد له حق فسخه بخيار المجلس أو بشرط من الشروط . وكذلك له أن يوكل غيره فى قبض دين أو عين ، أو يوكله فى أن يعطى غيره ديناً عليه .

أما إذا كان عليه عين ـ كالقمح والدواب ـ فإنه لا يصح له أن يوكل غيره فى تسليمها بل لابد من أن يسلمها بنفسه على المعتمد . وكذا يصح له أن يوكل غيره فى خصومة من دعوى ، وفى جواب عن دعوى سواء أرضى الخصم أم لا .

وكذا له أن يوكل فى تملك أمر مباح كاصطياد السمك أو الطير ، وله أيضاً أن يوكل فى استيفاء العقوبة وتوقيعها على الجانى ، فيجوز التوكيل فى حضور توقيع العقوبة فى الحدود ، ولكن لا يصح التوكيل فى إيفائها ، بمعنى أنه يوكله فى أن يتحمل عنه العقوبة ، فإن ذلك لا يقبل النيابة .

ولا يصح التوكيل فى العبادات البدنية التى لابد لها أو لمتعلقها من نية كالصلاة والإمامة ، فإن الامامة وإن كانت لا تحتاج إلى نية ولكنها تتعلق بالصلاة ، والصلاة لابد لها من نية ، ويلحق بهذا اليمين والإيلاء والظهار والشهادة والنذر ، فإن كل هذا لا يقبل النيابة .

أما العبادات التى تتركب من بدنية ومالية ، فإنه يصح فيها التوكيل كالحج والعمرة ، وتجهيز الميت ، ويندرج فى الحج توابعه كركعتى الطواف، فإنها وإن كانت لا تنفع فيها النيابة ولكن تقبل النيابة فى هذه الحالة تبعاً .

ومجمل القول أن العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام ، لا تقبل النيابة والعبادات المالية المحضة أو المركبة من بدنية ومالية فإنها تقبل الإنابة .

(ثالثها) : أن يكون الموكل فيه مملوكاً للموكل ، فإذا وكله فى طلاق امرأة سيتزوجها كانت الوكالة باطلة .

أما الصيغة فإنها لفظ يدل على التوكيل من أحدهما (الوكيل أو الموكل) وعدم الرد من الآخر ، فإذا قال الموكل : وكلتك فى كذا أو فوضت إليك كذا سواء كان ذلك مشافهة أو كتابة أو مراسلة فإنه يصح ، ولا يشترط أن يقول الوكيل : قبلت بل الشرط أن لا يرفض التوكيل . وكذلك لا يشترط علمه بالتوكيل ، فإذا وكل شخص أخاه فى أن يتصرف فى شيء ثم تصرف قبل أن يعلم بالتوكيل نفذ تصرفه ، ولا يشترط الفور ، فلو علم بالتوكيل ولم يباشر العمل فوراً أو لم يرده فوراً ، فإنه لا يضر على أنه يشترط اللفظ من الجانبين فى صورتين :

(احداهما) إذا كان لشخص عين مملوكة ، ولكنها فى يد غيره باجارة أو إعارة أو نحو ذلك ثم وهبها لشخص آخر فوكل الموهوب له واضع اليد بقبضها ، فإن التوكيل فى هذه الحالة لا يصح إلا إذا قبله واضع اليد لفظاً حتى تزول عنه يده ، ولا يكتفى بامساك الأرض ، لأن معنى ذلك استدامة إجارتها أو إعارتها .

(ثانيهما) الوكالة بجعل ، فإذا أوكل شخص آخر بأن يشترى له أرضاً معلومة ، وله على ذلك أجر كذا فإنه لابد فى ذلك من القبول لفظاً ، لأن الوكالة فى هذه الحالة تكون إجازة ، وشروطها : أن يكون العمل الذى يقوم به الوكيل مضبوطاً .

أما شروط الوكالة عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فقالوا : شرط الوكالة الذى يرجع إلى الموكل فهو أن يكون أهلا للتصرف فى شىء الذى يريد أن يوكل فيه ، لأن من لا يصح أن يتصرف بنفسه فلا يصح أن يتصرف لنائبه بطريق الأولى إلا فى أحوال ضرورية :

منها : أن يكون الموكل أعمى فإنه ممنوع من التصرف فيما يحتاج لرؤية كعقد البيع والإجارة ، ولكنه يجوز له أن يوكل غيره عنه فى ذلك ، لأن منعه عن التصرف لعجزه عن العلم بالمبيع لا لنقص فيه . ومثل الأعمى الغائب فإن له أن يوكل غيره فى عقد البيع أو الإجارة – وإن كان ممنوعا من التصرف لعدم الرؤية ، فخرج بذلك الصبى والسفيه والمجنون ونحوهم كما تقدم فى البيع ، على أنه يصح توكيل الصبى المميز بإذن وليه فى كل تصرف لا يشترط فيه البلوغ ، فلا يصح توكيله فى نحو إيجاب النكاح ، ولكن يصح توكيله فى قبوله ، أما الطلاق فإنه يصح توكيله بغير إذن وليه إذا عقله .

وكذلك يشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف فيما يوكل فيه ، فلا يصح له أن يتوكل فى شىء ممنوع من التصرف فيه بنفسه إلا فى أمور .

(أحدها) أن يتوكل الغنى عن فقير فى قبض الزكاة ، فإنه ممنوع عن أخذ الزكاة لنفسه ، ولكنه يصح توكيله عن غيره ، ومثل الزكاة الكفارة والنذر .

(ثانيها) أن يتوكل الحر الغنى القادر على النكاح فى زواج أمة لمن يتاح له ، فإنه ممنوع من تزوجها ولكنه يباح له أن يتوكل فى تزويجها لغيره ، وكذلك أمه فإنه يمكنه أن يتوكل عنها فى تزويجها لغيره .

(ثالثها) أن يتوكل الرجل فى قبول زواج أخته أو عمته لأجنبى فإنه ممنوع من زواجهما لنفسه ولكن يمكنه أن يتوكل عنهما فى قبول تزويجهما لغيره .

ومنها : توكيل المرأة فى طلاق نفسها أو طلاق غيرها ، فإنه صحيح ، مع

أن المرأة لا تتصرف فى الطلاق من غير توكيل ، فهذه الصور جارية على غير الغالب .

وأما الموكل فيه فهو كل ما فيه حق لآدمى من العقود ، فيصح فى البيع والشراء والإجارة والمضاربة والقرض والإبراء والطلاق والرجعة والحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمساقاة والصلح والهبة والصدقة والوصية والايقاف والقسمة وغير ذلك من العقود . وكذلك يصح فى تملك المباحات من صيد واحتطاب وإحياء موات .

ولا تصح الوكالة فى العقود التى لا تقبل النيابة كالظهار والأيمان واللعان والنذر والإيلاء والقسامة ، والقسم بين الزوجات والشهادة والتقاط لقطة أو لقيط ، كما لا يصح فى المعاصى والرضاع وغير ذلك .

ويصح للرجل أن يوكل غيره فى أن يقبل له النكاح بشرط أن يسند الوكيل إليه العقد ، فيقول ولى الزوجة : زوجت موكلك فلاناً ، أو زوجت فلاناً فلانة ، ويقول الوكيل : قبلت لفلان أو لموكلى فلان ، فإن لم يذكر ذلك فإن النكاح يفسد .

أما حقوق الله تعالى فمنها ما لا يقبل النيابة وهو الأعمال البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة ، فهذه لا يصح التوكيل فيها . ومنها ما يقبل النيابة وهى الأعمال المحضة أو المركبة من المالية والبدنية ، والأولى كتفرقة الصدقة والزكاة والنذر والكفارة ، وهذه تصح فيها الوكالة مطلقاً ، والثانية أعمال الحج والعمرة فإنهما مركبان من أعمال مالية وبدنية ، ولكن لا تصح النيابة فيهما مطلقاً بل عند العجز عن أدائهما . ويصح التوكيل فى إثبات الحدود وفى استيفائها ممن وجبت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « واغْدُ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فلما اعترفت أمر بها فرجمت ، فقد وكله فى إثبات الحد واستيفائه . والأولى أن يكون استيفاء الحد بحضور الموكل فى الحدود المتعلقة بحقوق العباد ، لجواز أن يرحمه ويعفو عنه فيسقط الحد .

وأما الصيغة فهي كل لفظ يدل على الإذن فى التصرف كوكلتك أو فوضت إليك فى كذا أو أذنت لك فيه أو نحو ذلك ، وتنعقد الوكالة بقول : بع هذه السيارة ، أو أعتق هذا العبد ، وتنفذ أيضاً بقول : أقمتك مقامى أو جعلتك نائباً عنى ، ويصح قبول الوكالة بكل لفظ أو فعل من الوكيل يدل على القبول ، ولا يشترط علم الوكيل بالوكالة ، فلو وكل شخص آخرَ ولم يعلم ، ولكنه تصرف بعد التوكيل نفذ تصرفه ، ولا يشترط لقبول الوكالة بل يصح قبولها ولو بعد سنة فأكثر .

ولازلنا مع أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى حيث قالوا :

إن شرط الوكالة الذى يرجع إلى الموكل هو أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه فلا يصح التوكل من المجنون جنوناً مطبقاً والصبى الذى لا يعقل أصلا ، لأن المجنون لا يملك التصرف فى شيء بنفسه مطلقاً ، ومثله الصبى الذى لا يعقل ، أما الصبى الذى يعقل فقد عرفت فى مباحث الحجر أن تصرفه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(الأول) أن يتصرف تصرفاً ضارا به لا محالة كالطلاق والهبة والصدقة ونحوها ، وفى هذه الحالة لا يصح تصرفه ملطقاً ، فلا يصح أن يطلق زوجه أو أن يهب غيره من ماله ، أو أن يتصدق بشيء منه ، فإن فعل وقع ذلك التصرف باطلا فهو لا يملك ذلك التصرف ، فلا يملك أن يوكل فيه غيره .

(الثانى) أن يتصرف تصرفاً نافعاً كقبول الهبة والصدقة فإن فيه منفعة محققة له ، وفى هذه الحالة يقع تصرفه صحيحاً مطلقاً ولو لم يأذن وليه فهو يملك ذلك التصرف فيصح أن يوكل فيه غيره .

(الثالث) أن يتصرف تصرفاً يحتمل النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاجارة وفى هذه الحالة : إن كان وليه قد أذنه بذلك التصرف فإنه يقع صحيحاً ، فيصح له أن يوكل فيه غيره ، وإن لم يأذنه يقع موقوفاً على إذنه ، فإن أجازه فذاك وإلا فلا ، ومثله التوكيل .

أما المجنون جنوناً متقطعاً بحيث يجن تارة ويفيق أخرى ، فإنه يصح أن

يوكل فى حال صحوه بشرط أن يكون لصحوه وقت معلوم حتى تعرف، إفاقته من جنونه ، وإلا فلا يصح له أن يوكل ، وأما المعتوه وهو الغالب عليه اختلاط الأمور فإنه لا يصح توكيله .

أما الإسلام فليس شرطاً فى الموكل ، فيجوز أن يوكل الذمى غيره كالمسلم ، لأن حقوقهم مضمونة من الضياع كحقوقنا ، وإذا وكل الذمى المسلم بتقاضى ثمن الخمر ، فإنه يكره للمسلم أن يفعل ، وإذا وكل الذمى المسلم أن يرهن له خمراً فى نظير نقود أو يرهن له عيناً فى نظير خمر يأخذه ، فإنه يصح إذا أخبر على أنه رسول فيقول : ارهن لى خمراً .

أما إذا أضافه لنفسه بأن قال له : ارهن لى خمراً أو أقرضنى نقوداً فى نظير خمر ، فإنه لم يكن رهناً . وهل المرتد كذلك أولا ؟ خلاف فبعضهم يقول : إذا وكل المرتد شخصاً فإن ذلك التوكيل يقع موقوفاً ، فإن أسلم المرتد نفذ ما صدر منه من توكيله لغيره . وإن مات أو خرج من دار الإسلام إلى دار الحرب بطل توكيله ، فإن لحق بدار الحرب ثم عاد إلى الإسلام — فإن كان القاضى حكم بلحوقه بدار الحرب — فإن التوكيل يبطل ، وإلا فانه ينفذ .

وبعضهم يقول : للمرتد أن يوكل غيره ويقع توكيله صحيحاً نافذاً . هذا إذا كان المرتد رجلا ، أما المرأة المرتدة فإن توكيلها جائز فى قولهم جميعاً ، لأن ردتها لا تعتبر فى حكم ملكها فهى كالمسلمة فى ذلك .

وإذا وكلت قبل ردتها ثم ارتدت فإن توكيلها لا يبطل إلا إذا وكلت بتزويجها وهى مرتدة ، فإنه يكون باطلا فإن زوجها حال ردتها لا يصح . أما إذا عادت إلى الإسلام فزوجها فإنه يصح . أما إذا وكلته بأن يزوجها وهى مسلمة ثم ارتدت ثم عادت الى الإسلام فزوجها فإنه لا يصح لأن ردتها أبطلت التوكيل فى ذلك .

وأما الشروط التى ترجع إلى الوكيل فهى أمران :

(أحدهما) أن يكون عاقلا فلا يصح لشخص أن يوكل مجنوناً أو صبياً

لا يعقل ، أما البلوغ والحرية فلا يشترطان فى الوكيل ، فيصح أن يكون الوكيل صبيا عاقلا يدرك ما يترتب على العقود من المنافع والمضار ، سواء أذنه وليه أو لم يأذنه ، ومثله العبد فى ذلك .

(ثانيهما) أن يعلم الوكيل بالوكالة فعلم الوكيل بالوكالة شرط فى صحة تصرفه بلا خلاف . فإذا وكل شخص آخر فى بيع متاعه ، ولم يعلم الوكيل فباع المتاع قبل العلم بكل تصرفه بطل إلا إذا أجازه الموكل ، وعلم الوكيل بالتوكيل يثبت بالمشافهة أو الكتابة أو بإخبار رجلين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل . لازلنا ننقل مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

أما الإسلام وعدم الردة فلا يشترطان فى الوكيل باتفاق ، وإن كانت عدم الردة مختلف فيها ، فى الموكل ، فيصح للمسلم أن يوكل الذمى حتى فى بيع الخمر والخنزير عند أبى حنيفة الذى يقول : إن الموكل إذا كان ذميا يقف تنفيذ توكيله . هكذا لازلنا نعرض مذهب أبى حنيفة رحمه الله .

أما الصاحبان أبو يوسف القاضى ومحمد بن الحسن الشيبانى فإنهما يقولان بعدم صحة توكيله فى بيع لا يملك الموكل أن يتصرف فيه كما يصح توكيله المرتد بلا خلاف .

وإذا وكل المسلم حربيا فى دار الحرب وكان المسلم فى دار الإسلام فإن التوكيل يقع باطلا فى هذه الحالة ، وكذلك العكس ، وهو ما إذا وكل الحربى مسلماً وهو فى دار الحرب والمسلم فى دار الإسلام .

وأما الشروط التى ترجع إلى الموكل فيه :

فمنها : أن لا يكون من الأمور المباحة فلا يصح لشخص أن يوكل غيره فى أن يحتطب له أو يستقى له الماء ، أو يستخرج له شيئاً من المعادن المباحة، كالحديد والرصاص والجوهر ، ونحو ذلك ، فإذا حصل الوكيل على شىء من ذلك فهو له وليس للموكل منه شىء ، ومثل ذلك ما إذا وكله ليشحذ له ، فإن التوكيل لا يصح ، وإذا شحذ الوكيل شيئاً فهو له .

ومنها : أن لا يكون الموكل فيه استقراضاً — طلب قرض من غيره — فإذا وكل شخص آخر فى أن يطلب من شخص أن يقرضه مالا ، فقال الوكيل: أقرضنى كذا ، فأقرضه كان القرض للوكيل لا للموكل ، فإذا هلك كان المسئول عنه الوكيل ، وللوكيل أن لا يعطيه للموكل ، نعم إذا قال فلان أرسلنى إليك لتقرضه فأعطاه القرض يكون للمرسل ، وهذا يسمى (رسولا) لا وكيلا ، والفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل يكون بألفاظ التوكيل الآتى بيانها فى الصيغة بخلاف الرسول ، فإنه يكون بلفظ الرسالة : كأن يقول له : كن رسولا عنى فى كذا ، أو أرسلتك لتأتى بكذا ، فلابد فى الرسول أن يضيف العقد إلى المرسل ، بخلاف الوكيل ، فإن له أن ينسب العقد لنفسه وللمرسل ، إلا فى أمور كالنكاح والهبة وسيأتى بيانها وقد استطرد الاستاذ عبد الرحمن الجزيرى فقال :

ومن شروط الموكل فيه أن لا يكون حدا من الحدود التى لا تشترط فيها الدعوى كحد الزنا وحد الشرب ، فإن اثباته تكفى فيه شهادة الحسبة بدون دعوى ، فلا يصح فيه التوكيل لا فى إيفائه ولا فى استيفائه ، والمراد بإيفائه دفعه ، والمراد باستيفائه قبضه .

(اما الأول) فظاهر ، لأنه لا يصح أن يقول شخص لآخر : وكلتك عنى فى تأدية حد الشرب فتسلم ظهرك المجلد ، ولو وقع لا ينفع لأنه لا يصح إلا من الجانى .

(اما الثانى) فلأن هذا الحد يثبت بدون دعوى ، فلا يصلح فيه التوكيل مطلقاً .

وأما الحدود التى تحتاج إلى إقامة الدعوى كحد القذف وحد السرقة ، فإن فى صحة التوكيل فيها خلافاً ، فأبو حنيفة ومحمد بن الحسن يقولان : إن التوكيل يصح فى إثبات الحد ، فإذا وكل شخص آخر فى إثبات حد القذف على من قذفه ، فإنه يصح هذا التوكيل سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً أما فى الاستيفاء فإنه يجوز التوكيل إذا كان الموكل حاضراً ، بأن يحضر

هو ووكيله حال تنفيذ العقد . وأبو يوسف يقول : لا يصح فيه التوكيل كسابقه ، إلا أن يقول : إن الممنوع إنما هو التوكيل فى إثبات الحد ، أما التوكيل فى إثبات المال المسروق فإنه يوافق عليه أبا حنيفة ومحمداً ، ولا يخفى أن حد الزنا وحد الشرب من حقوق الله تعالى ، وكذلك حد القذف وحد الشرب ، ومعنى كونها من حقوق الله تعالى أن الله تعالى قرر لها عقوبة ثابتة ليس للمجنى عليه فيها شأن ، فلابد من تنفيذها ، فالظاهر أن أبا يوسف يقول : إن التوكيل فيها لا معنى له سواء احتاجت لدعوى أولا .

وأما حقوق العباد فإنها تنقسم إلى قسمين :

نوع لا يجوز استيفاؤه مع وجود شبهة ، ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة .

(مثال الاول) القصاص فى القتل أو القود ،وهو القصاص فى إتلاف عضو أو نحوه مما هو أقل من النفس ، وهذا النوع يصح التوكيل فى إثباته عند أبى حنيفة ومحمد أيضاً ، ولا يجوز فى إيفائه ولا فى استيفائه .

(اما الاول) فظاهر ، إذا لا يصح أن يوكل شخص آخر فى أن يقتل نفسه بدلا عنه ليدفع عنه حد جنايته ، أو يقطع عضواً منه ، لأن ذلك لا يصلح إلا من الجانى نفسه .

(ومثال الثانى) وهو ما يجوز استيفاؤه مع الشبهة ، الديون والاعيان وسائر الحقوق غير القصاص ، فإنه يصح للوكيل أن يستلمها مع وجود شبهة عفو صاحبها ، وتركها لمن هى عليه ، فهذا النوع يصح التوكيل فيه إيفاء واستيفاء وإثباتاً باتفاق .

ويجوز التوكيل فى سائر العقود سوى ما ذكر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والطلاق والهبة والصدقة والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والايداع وقبض الحقوق والخصومات وتقاضى الديون والرهن والارتهان وطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة والاستيهاب إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها لنفسه بل لابد من إسنادها إلى الموكل .

ومنها : النكاح ، فإن الوكيل لابد أن يقول : قبلت الزواج من موكلى ، أو زوجت فلانة موكلتى ، فإذا قال : قبلت الزواج ولم يصفه أو قال : قبلت الزواج لنفسى فإنه ينعقد له لا لموكله ، بخلاف ما إذا كان وكيلا فى الطلاق ، فإنه إذا أضافه إلى نفسه فإنه يصح ، ومعنى كونه يضيفه إلى نفسه أن يقول : امرأة فلان طالق . أما إذا قال : امـرأتي طالق فانهـا تطلق ، فليس معنى الإضافة إلى نفسه أن يقول : امرأتى ، بل معناها أن يسند طلاق امـرأة موكله إلى نفسه ، ولا يشترط أن يقول : فلان وكلنى فى أن أطلق امرأته .

ومنها : الهبة ، فإنه لابد فيها من الإضافة إلى الموكل ، فإذا وكل إنسان آخر أن يهب مائة فقال : وهبت ولم يقل وهب موكلى ، فإن الهبة لا تصح . ولازلنا ننقل مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

ومنها : الصلح عن دم العمد والصلح عن الإنكار ، فإذا ادعى شـخص مائتين فأنكر المدعى عليه ، ثم وكل عنه من يصالح على مائة ، فإنه لابد فى ذلك من الإضافة . فإذا قال المدعى : على مائة صالحت وقبله وكيل المدعى عليه بأن قال : قبلت ذلك الصلح لفلان ، فإنه يصح .

أما إذا قال : قبلت ولم يسند القبول لموكله ، فإنه لا يصح الصـلح ، وهذا بخلاف الصلح عن إقرار ، فإنه يصح إضافته الى الوكيل والموكل .

ومنها : التصدق ، فإذا وكله أن يتصدق من ماله بكذا ، فإنه ينبغى أن يضيف الصدقة إلى وكيله وإلا كانت من ماله .

ومنها : الإعارة والايـداع والرهـن والشركة ، والمضـاربة ، فكل هذه العقود يجب أن يضيفها الوكيل إلى الموكل . وأما الصيغة فإنها تنقسم إلى قسمين (خاصة وعامة) :

فأما الخاصة فهى اللفظ الذى يدل على التوكيل فى أمر خاص كقوله : وكلتك فى شراء هذا البيت مثلا .

وأما العامة فهى كل لفظ يدل على العموم كقوله : أنت وكيلى فى كل

شيء . وقوله : (ما صنعت من شيء جائز ، وجائز أمرك ، في كل شيء) فليس لها لفظ حتى لو قال : أردت أن تقوم مقامي أو أحببت أو رغبت ، أو رضيت فإنه يصح ، وهل ينفذ تصرف الوكيل بعد ذلك في كل شيء ، أيستثنى بعض الأمور ؟ يقول الاستاذ عبد الرحمن الجزيري :

والجواب : أن ذلك يختلف باختلاف العبارات ، فإذا قال له : أنت وكيلي في كل شيء يكون وكيلا له في حفظ المال لا غير على الصحيح .

ومثل ذلك ما لو قال له : أنت وكيلي في كل كثير وقليل ، وإذا قال له : أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك يكون وكيلا في جميع التصرفات كالبيع والشراء والهبة والصدقة .

واختلف في الاعتاق والطلاق والوقف ، فقال بعضهم : إنه لا يكون وكيلا فيها إلا إذا دل دليل سابق في الكلام وبعضهم يقول : إنه يشملها . ولازلنا مع مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

وإذا قال له : وكلتك في جميع أموري فقال له : طلقت امرأتك أو وقفت جميع أرضك ، فإنه لا يجوز على الأصح .

وإذا قال له : وكلتك في جميع أموري ، وأقمتك مقام نفسي لا تكون الوكالة عامة إلا إذا قال : في جميع أموري التي يجوز فيها التوكيل ، فإنها في هذه الحالة تكون عامة تشمل البيع والشراء والانكحة وغير ذلك .

أما في الحالة الأولى وهو قوله : وكلتك في جميع أموري ، وأقمتك مقام نفسي بدون أن يقول : في أموري التي يجوز فيها التوكيل فإنها في هذه الحالة تكون عامة تشمل البيع والشراء والأنكحة وغير ذلك .

أما في الحالة الأولى وهي قوله : وكلتك في جميع أموري ، وأقمتك مقام نفسي بدون أن يقول : في أموري التي يجوز فيها التوكيل فإنه ينظر إلى حال الموكل ــ فإن كانت له صناعة خاصة ــ فإنه يكون وكيلا عنه فيها .

أما إذا لم تكن له صناعة خاصة ، وكانت له معاملات مختلفة فإن الوكالة تقع باطلة .

وبالجملة فإن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة ــ على المفتى به ــ وكذا لا يملك الابراء والحط عن الديون لأنها تبرع ، وهو لا يملك التبرع .

وكذا لا يملك الاقراض والهبة بشرط العوض ، ويملك ما وراء ذلك فيملك قبض الدين وإيفاءه ، والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل ، والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضي لأن ذلك في الوكالة بالوكالة الخاصة . على أن هناك صيغاً لا ينعقد بها التوكيل أصلا منها أن يقول له : لا أنهاك عن طلاق زوجتي ، ومنها أن يقول له : **أنت وصيي** .

ومنها : أن يقول لغيره : اشتر لي جملا بمائتي جنيه أو سيارة بألف جنيه ، فذلك لا يكون توكيلا وإنما يكون مشورة . أما إذا قال له : اشترى لي سيارة بألف ولك على شرائك خمسون فإنه يكون وكيلا .

ومنها : أن يقول شخص لآخر مدين له : اشتر بما لي عليك سيارة ركوب أو سيارة نقل فإنه لا يصح التوكيل ، وأما إذا قال له : اشتر لي سيارة فلان أو هذه السيارة فإنه توكيل يصح .

ومنها : أن يقول لمدينه : أسلم مالي عليك في قمح أو سمن مثلا فإنه لا يصح التوكيل .

أما إذا عين الشخص الذي يتعامل معه عقد السلم بأن يقول : أسلم عليك إلى فلان في كذا فإنه يصح .

أما الصيغ الخاصة فإن منها أن يقول شخص لآخر : إذا لم تبع سيارتي هذه تكون امرأتي طالقاً ، فإذا قال له ذلك فقد وكله في بيع السيارة . ومنها : أن يقول : سلطتك على بناء هذه الدار مثلا ، فذلك أن يقول له : وكلتك .

ومنها : أن يقول : فوضت إليك أمر حظيرة سياراتى بما فيها (جراج) فهو يملك بذلك صيانتها وحفظها وتوفير الوقود وقطع الغيار اللازمة لها ، واحضار من ينظفها وينفذ له كل ما ذكرنا .

ومنها : أن يقول : فوضت إليك أمر امرأتى ، وبذلك يملك طلاقها فى المجلس فقط . أما إذا قال له : ملكتك أمر امرأتى فإنه يملك طلاقها فى المجلس وغيره ، هذا هو مذهب أبى حنيفة والأدلة على جواز التفويض كما عرضها الامام الزيلعي فى تخريج أحاديث الهداية بكتابه (نصب الراية) الجـــزء الثالث صفحة ٢٢٩ ، ٢٣٠ طبعة المجلس العلمى بالهند قال رحمه الله فى باب تفويض الطلاق .

قوله : روى أن الصحابة أجمعوا على أن المخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها ، قلت : فيه عن ابن مسعود ، وجابر ، وعمر ، وعثمان ، وعبد الله ابن عمرو بن العاص .

فحديث ابن مسعود : رواه عبد الرزاق فى « مصنفه » أخبرنا معمر عن ابن أبى نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود قال : إذا ملكها أمرها فتفرقا قبل أن تقضى بشىء فلا أمر لها . انتهى . ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى فى « معجمه » قال البيهقى : فيه انقطاع بين مجاهد وابن مسعود .

وحديث جابر رواه عبد الرزاق أيضـــاً أخبرنا ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر بن عبد الله قال : « إذا خير الرجل امرأته فلم تختر فى مجلسها ذلك فلا خيار لها » انتهى .

وحديث عمر وعثمان رواه ابن أبى شيبة ، وعبد الرزاق فى « مصنفيهما » حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده عن عبد الله ابن عمر أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا : أيما رجل ملك امرأته أمرها وخيرها ، ثم افترقا من ذلك المجلس ، فليس لها خيار ، وأمرها إلى زوجها . انتهى . قال البيهقى والمثنى بن الصباح ضعيف ، ومن طريق ابن أبى شـــيبة رواه فى « المعرفة » .

وسنأتى على جميع أدلة المذهب فى « كتاب الطلاق » من هذا الكتاب إن شاء الله تعالى .

اما المالكية فإن الشروط المتعلقة بالوكيل والموكل ثلاثة سنأتى عليها بعد توضيح الفرق بين الوكالة والنيابة قال الامام الخرشى فى : (باب ذكر ما جمعه من مسائل الوكالة) :

صحة الوكالة فى قابل النيابة (ش) هذا شروع منه فى بيان محل الوكالة، والمعنى أن الوكالة تصح فيما يقبل النيابة بمعنى أن ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة وما لا تجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة بناء على مساواة النيابة للوكالة ، لا على أن النيابة أعم ، وعبر بالصحة دون الجواز لأجل المخرجات ، لأنه يلزم من عدم الصحة البطلان ، ولا يلزم من عدم الجواز البطلان (ص) من عقد وفسخ وقبض حق وعقوبة وحوالة وإبراء وإن جهله الثلاثة ، وحج (ش) أشار بهذا إلى بيان محل قابل النيابة ، والمعنى أنه يجوز للإنسان أن يوكل شخصاً يعقد عنده عقداً سواء كان كفالة أو بيعاً أو نكاحاً أو غير ذلك من العقود ، ولا يدخل هنا الطلاق لأنه فسخ ، فهو داخل فى قوله : وفسخ ، أى يجوز أن يوكل من يفسخ عنه العقد المخير فى فسخه ، أو المحتم فسخه ، وكذلك يجوز أن يوكل شخصاً يقبض له حقا وجب له قبل آخر ، وكذلك يجوز له أن يوكل شخصاً يستوفى له عقوبة قبل شخص من حد وتعزير وقتل ، والموكل فى الأخير الولى ، وفى الأول الامام ، لأن إقامة التعازير والحدود له ا هـ .

أما الثلاثة الشروط المتعلقة بالوكيل والموكل فهى :

(الشرط الأول) الحرية : فلا تصح بين رقيق وحر ، ولا بين رقيقين ، إلا إذا كان الرقيق مأذوناً له بالتجارة من سيده ، فإنه حينئذ يكون فى حكم الحر .

(الشرط الثانى) الرشد : فلا تصح بين سفيهين ولا بين سفيه ورشيد . على أن هذا الشرط لهم فيه اختلاف ، فبعضهم يقول : يجوز فى بعض الأمور ، ولكن ظاهر المذهب يقتضى أن المحجور عليه لا يصح أن يوكل أحداً عنه

فى الخصومة فى تخليص ماله وطلب حقوقه . ويجوز لغيره أن يوكله عن نفسه إلا إذا كانت امرأة محجوراً عليها ، فإن لها أن توكل عنها غيرها فيما يتعلق بأمر عصبتها ، بل ليس لوليها قيام فى ذلك إلا بتوكيل منها .

والحاصل : أن فى ذلك طريقين :

(أحدهما) أنه لا يجوز توكيله ولا توكله مطلقاً ، وعلى ذلك شرط الرشد

(ثانيهما) أنه يجوز أن يتوكل عن غيره ولا يوكل هو عنه ، أما المرأة الذى يضارها زوجها فلا خلاف فى صحة توكيل الغير عنها .

(ثالثها) البلوغ ، ولا يصح بين صبيين ولا بين صبى وبالغ إلا إذا كانت صغيرة متزوجة ، وأرادت أن تخاصم زوجها أو وليها ، فإن توكيلها يكون مقبولا لازماً كما عرفت .

فهذه الشروط هى التى تلزم فى الوكيل والموكل .

أما الإسلام فإنه ليس شرطاً فى الموكل بلا نزاع ؛ فيجوز للذمى أن يوكل المسلم عنه ويقع توكيله صحيحاً ، ولكن هل يصح للمسلم أن يوكل الذمى عنه ؟

والجواب : أنه لا يصح ، وإنما لم يذكر هذا الشرط فى الشروط لأن الذمى أهل للتوكيل مادام حراً بالغاً رشيداً ، ولكن المانع من جعله وكيلا عن المسلم أمر عارض ، وهو ما عساه أنه يتصرف تصرفاً لا تقره الشريعة .

ولهذا قالوا فى الشركة : إنه لا يصح للمسلم أن يشارك الذمى إلا إذا كان بيع الذمى وشراؤه بحضرة المسلم خوفاً من أنه إذا انفرد بذلك يدخل فى معاملته ربا أو يشترى خمراً أو خنزيراً ، وذلك لا تقره الشريعة الإسلامية ؛ فاذا تأكد من أنه يتعامل بما تحرمه الشريعة وجب عليه أن يتصدق بالربح الذى أصابه من شركته ، فإن شك يستحب له التصديق ، أما إذا تأكد من حسن معاملته ومطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه لا شىء عليه .

ومثل الذمى فى ذلك المسلم الذى لا يحافظ على دينه ؛ فالمانع من توكيل

الذمى هو الخوف من تصرفه تصرفاً لا يطابق الشريعة الإسلامية ، وواجب على المسلم أن يحتفظ بدينه فلا يصح له أن يبيح لغيره التصرف باسمه فيما لا يقره الدين ، ولهذا اعتبر المسلم الذى لا يحافظ على دينه كالذمى .

وأما الشروط المتعلقة بالموكل فيه ، فإنها ترجع إلى شىء واحد وهو أن يكون من الأمور التى تقبل شرعاً ولا تتعين فيه مباشرة له بنفسه فيجوز للشخص أن يوكل عنه غيره فى عقد بيع وشراء وإجارة ونكاح وصلح ومضاربة ومساقاة وفسخ فقد يجوز فسخه كما فى المزارعة قبل رمى البذر ، فإنه يصح لأحد العاقدين فسخ المزارعة ، فكذلك يصح له أن يوكل غيره فى الفسخ .

ومثل ذلك البيع الفاسد كما إذا باع صبى مميز شيئاً فللولى أن يوكل من يفسخه ، من ذلك الطلاق فإنه حل لقيد النكاح ، فيجوز للشخص أن يوكل شخصاً فى إقالة من اشترى منه شيئاً . وكذا له أن يوكل فى قضاء دين عليه ، وقبض حق له على الغير . وكذا يجوز له أن يوكل فى حد أو قصاص أو تأديب ، فللزوج أن يوكل عنه أباه مثلا فى تأديب زوجه إذا تركت الصلاة ، لأن للزوج حق عقوبة زوجه إذا تركت الصلاة فله أن يوكل غيره فى ذلك .

ولولى الدم أن يوكل عنه على القتل ، وللشخص أن يوكل عنه فى استيفاء الحدود والعقوبات ، وكذا له أن يوكل فى الحوالة كأن يكون مديناً لشخص بكذا وله دين عند آخر ، فله أن يوكل شخصاً فى أن يحيل الدائن الذى يطالبه بدينه على المدين الذى له عليه دين .

وكذا يصح التوكيل على أن يبرىء شخصاً من حق له عليه حتى ولو كان الحق مجهولا عند الجميع ، لأن الابراء من الحقوق لا يتوقف على علمها . وليس له أن يوكل غيره فى العبادات إلا فى المالية منها ، كأداء الزكاة ، فإنه يصح التوكيل فى أدائها ، وقد اختلف فى الحج فقيل : يصح وقيل : لا يصح كما تقدم . ولازلنا ننقل مذهب المالكية فى الوكالة .

وهل يصح لصاحب الوظيفة الدينية أن ينيب عنه كالمؤذنين والامام والقارىء فى مكان خاص ؟

والجواب : أنه يجوز التوكيل فيها حيث لم يشترط الواقف عدم النيابة فيها .

أما إذا اشترط الواقف عدم النيابة فيها فإن الأجرة تسقط ولا يستحقها الأصل ولا النائب .

أما إذا لم يشترط عدم النيابة فالأجرة تكون للأصل وهما على ما تراضيا عليه معاً ، سواء كانت النيابة لضرورة أو لغير ضرورة . ويلتحق بالعبادات الشهادة والأيمان فليس له أن يوكل عنه من يؤدى عنه من يولى من امرأته بأن يحلف أن لا يقربها مدة معلومة ، أو من يلاعن عنه مع امرأته التى يتهمها بالزنا كما هو مبين فى محله لأن اللعان شهادات مؤكدة باليمين وذلك لا تصح فيه الوكالة .

ولا تصح الوكالة فى المعاصى كالسرقة والظهار ، كأن يقول له : وكلتك فى أن تظاهر من امرأتى ، فإن الظهار منكر من القول وزور ، فإذا قال : زوجة موكلى عليه كظهر أمه لا يصح الظهار . وبعضهم يقول : إن هذا كالطلاق إذ لا فرق بين ذلك وبين قوله : امرأة موكلى طالق ، فإن كلا منهما إنشاء ، كالبيع والنكاح ، فيصح التوكيل فيهما ، وهل التوكيل فى طلاق محرم كما إذا قال له : وكلتك فى طلاق زوجتى وهى حائض ، مثل الظهار ، فلو طلقها الوكيل لا يقع به الطلاق أولا ؟ خلاف ، فبعضهم يقول : إنه لا يقع لأنه توكيل على معصية ، وبعضهم يقول : إنه يقع لأن الطلاق فى نفسه ليس بمعصية ، وإنما حرمته عارضة بسبب الحيض .

وهذا الخلاف فيما إذا وكله فى أن يطلقها حال الحيض ، أما إذا وكله فى أن يطلقها مطلقها فطلقها الوكيل حال لحيض فإن طلاقه يقع اتفاقاً على الموكل، لأن أصل التوكيل لم يكن على معصية .

وحاصل ما تقدم ، أن الأفعال التى كلف الشارع بها العباد تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم لأول ما كان لمصلحة تتعلق بخصوص الفاعل بحيث لو باشر الفعل

غيره فاتت المصلحة التى شرع من أجلها ، فهذا تمنع فيه النيابة قطعا ، وذلك كالإيمان بالله تعالى ، فإن الغرض من التصديق بالإله إظهار العبودية له وإجلاله وتعظيمه ، وذلك أمر خاص بالشخص نفسه ، ومصلحته ترجع إليه بخصوصه ، فلا يصح أن ينيب غيره فيه .

وكذا حلف اليمين فإنه ما شرع إلا للدلالة على صدق المدعي وذلك لا يحصل بحلف الغير ، فلا تصلح النيابة فيه ، وكذا النكاح بمعنى الوطء فإن الغرض منه اعفاف النفس عن الفاحشة والمحافظة على الأنساب ، وذلك لا يحصل بفعل الغير ، فلا يصح له أن ينيب غيره فيه ، بخلاف النكاح بمعنى العقد ، فإن الغرض منه تحقيق سبب إباحة الزواج ، وهذا السبب يتحقق بمباشرة الشخص بنفسه وبمباشرة وكيله بدون أن تفوت مصلحته الخاصة .

القسم الثانى ما كانت المصلحة تتعلق بتحقيق الفعل بقطع النظر عن الأشخاص وذلك كرد المغصوب والعارية وقضاء الديون وتفريق الزكاة ، وإيصال الحقوق لأهلها ، فإن الشارع طلب من المكلف فعل هذه الأشياء لما فيها من المنافع فمتى وجد الفعل فقد تحققت المصلحة سواء كانت بفعل المكلف أو بفعل وكيله ، حتى ولو لم يشعر المكلف بفعلها .

القسم الثالث ما كان مشروعاً لمصلحة تترد بين الفعل من جهة وبين الفاعل من جهة كالحج ، فإنه شرع لأمرين :

(أحدهما) تعظيم الله تعالى وإجلاله والخضوع له ، وهذه المصلحة متعلقة بالفاعل لا تحصل من سواه .

(ثانيهما) إنفاق المال الذى ينتفع به الناس ومصلحة الإنفاق تتحقق بحصوله من أى شخص كان ، فمن نظر إلى الحالة الأولى جعله ملحقاً بالقسم الأول فقال : إن الحج لا تصح فيه الإنابة وبذلك قال مالك : فمن حج عن شخص لا ينفعه فى إسقاط الفريضة ، وإنما له ثواب الانفاق والدعاء . وقد قطع النظر عن الإنفاق لأنه أمر عارض بدليل أن المكى يحج بلا مال . وأما من نظر إلى المعنى الثانى وهو الإنفاق ـــ كالشافعى ـــ فإنه يقول بجواز الحج

عن الغير ، وذلك لأن القربة المالية لا تنفك غالباً عن السفر ، فلا ينظر إلى المكي الذي يحج بلا نفقة ، لأن ذلك نادر . هكذا حكاه في الفقه على المذاهب الأربعة الشيخ عبد الرحمن الجزيري رحمه الله تعالى في عرض مذهب الحنفية .

وأما الصيغة فلها اعتبارات ثلاثة ، وذلك لأنه إما أن ينظر إليها بالنسبة إلى جانب الموكل ، أو بالنسبة إلى جانب الوكيل ، أو بالنسبة إلى جانب الموكل فيه ، فإن نظر إليها بالنسبة للموكل فإنه يشترط لها أن تدل على معنى الوكالة عرفاً أو لغة أو عادة ، فإذا خالفت اللغة العرف يعمل بالعرف ولا ينظر للغة . لازلنا ننقل مذهب مالك وأصحابه رحمهم الله تعالى .

ولا يشترط لها أن تكون بلفظ مخصوص ، فإذا قال له : وكلتك أو أنت وكيل عني فإنه يصح . وكذا إذا قال له : تصرف عني ، وكما تصح باللفظ تصح بإشارة الأخرس أو الممنوع عن الكلام بسبب من الأسباب .

ومثال انعقاد الوكالة بالعادة أن يكون لأخوين دار مملوكة لهما ــ وقد جرت عادة أحدهما أن يؤجرها ويقبض أجرتها ــ فإنه يعتبر وكيلا عن أخيه ويصدق في دعواه أنه أعطاه نصيبه من الأجرة ما لم يثبت أنه مستعد .

أما إن نظر إلى الصيغة بالنسبة للوكيل ، فإنه يشترط أن يقترن بها من جانب الوكيل ما يدل على قبول التوكيل ، وهل قبول الوكيل يجب أن يكون فوراً ، أو يصح مع التراخي ؟ خلاف ــ قال في حاشية الخرشي في عرض المذهب لانعقاد الوكالة وما تصح به :

(ص) لا في كيمين ومعصية كظهار (ش) يعني أن الوكالة تصح في قابل النيابة كما مر لا في الأيمان لأنها أعمال بدنية ، وكذلك الوضوء والصلاة ولا على المعاصي كالظهار ، لأنه منكر من القول وزور ، ومثله الغصب والقتل العدوان ، وما أشبه ذلك من المعاصي .

فإن قيل : التوكيل على الطلاق صحيح وعلى الظهار غير صحيح ، فما الفرق ؟ قلت : قال البساطي : يمكن أن يقال : الفرق أن التوكيلات في انطلاق في الصيغة ، أي وكله في أن يقول لها : أنت طالق ــ أي وليس فيها معصية .

وأما فى الظهار فلا صيغة ، بل فى المعنى ، فإن قال لها : أنت على موكلى كظهر أمه ، لم يقع التوكيل فى هذه الصيغة . إنتهى . فإن قيل : التوكيل على الطلاق فى الحيض معصية ، كالظهار مع صحة ما ذكر . قلت : قد يفرق بأن معصية الظهار أصلية ، بخلاف إيقاع الطلاق فى الحيض ، إنما هو لأمر خارج ، وإن كان الأصل وهو الطلاق غير معصية تأمل . (ص) بما يدل عرفاً (ش) هذا متعلق بقوله : صحة الوكالة ، والمعنى أن الوكالة لا تختص بالصيغة الدالة بقول أو فعل أو إرسال ، وإنما الحكم فى ذلك للعرف والعادة، ولابد مع الصيغة من القبول ، فإن وقع بالقرب فواضح ، وإن طال ففيها الخلاف المتقدم فى المخيرة والمملكة .

ويدخل فيما فى قوله : بما يدل عرفاً الإشارة من الناطق ، وفى كلام الشارح ما ظاهره خلافه (ص) لا بمجرد وكلتك ، بل حتى يفوض (ش) يعنى أن قول الموكل لوكيله : وكلتك أو فلان وكيلى لا يفيده ، وتكون وكالة باطلة ، بل حتى يقول : فوضت إليك أمورى فى كل شىء أو أقمتك مقامى أو نحو ذلك . ويفيد ابن عبد السلام : اتفق مالك والشافعى على عدم إفادة الوكالة المطلقة ، واختلفا فى الوصية المطلقة ، فقال الشافعى : هى مثل الوكالة المطلقة ، وقال مالك : هى صحيحة ، ويكون للوصى أن يتصرف فى كل شىء لليتيم كوكالة التفويض ، ولعل الفرق بينهما قرينة الموت ، فإن اليتيم محتاج لأن يتصرف فى كل شىء ، فإذا لم يوص عليه أبوه غير هذا الوصى ولم يستثن عليه شيئاً ، والسبب الذى لأجله أوصى عليه ، وهو الحاجة إلى النظر عام ، وجب عموم المسبب ولا كذلك الوكالة . ا هـ الخرشى جـ ٦ ص ٦٩ .

والتحقيق أنه ينظر فى العرف والعادة ، فإن كانت الصيغة الصادرة من الموكل تستدعى الجواب فوراً فى العرف ، فإنه يجب أن يكون قبول الوكيل فوراً وإلا فلا .

وأما إذا نظر إلى الصيغة بالنسبة للموكل فيه فإنه يجب أن يكون معلوماً سواء كانت الوكالة متعلقة بأمر عام كما إذا فوض له التصرف ، أو كانت متعلقة بشىء خاص كما إذا وكله فى بيع سلعة خاصة أو فى طلب حق خاص ونحو ذلك .

أما طريق علم الموكل فيه فإنه يكون بلفظ يدل عليه عرفاً أو لغة ، وقد علمت أن العرف مقدم على اللغة إذا خالفهـا ، ويقوم مقـام اللفظ إشـارة الأخرس أو غير القادر على النطق بأى سبب . فإذا قال له : أنت وكيلى ، أو وكلتك ــ ولم يبين الشيء الذى وكله فيه ولا قرينة تدل عليه ، ولا عـرف بين الناس فيه ــ فإنه لا يكفى فى صحة الوكالة ، وإن كان لفظ (وكلتك) يدل على الوكالة لغة ، لأنه لا اعتبار للغة ما لم يؤيدها العرف ، فلابد من بيان الموكل فيه بصيغة عامة خاصة .

مثال الأولى : أن يقول له : وكلتك وكالة مفوضة ، أو وكلتك فى جميع أمورى ، أو أقمتك مقامى فى أمورى ، أو نحو ذلك مما يدل على التوكيـل العام .

ومثال الثانية : أن يقول له : وكلتك فى شراء هذه الدار أو المطالبة لى بحقى الذى عند فلان أو نحو ذلك ، ويترتب على الوكالة العامة نفاذ تصرف الوكيل فى كل ما لا يضر بالمال ، فليس للمـوكل أن يرد تصرفه أو يضمّنه شيئاً . أما ما يضر بالمال فإنه لا ينفـذ ، فليس للوكيل أن يتصدق من مال موكله ، ولا يهبه ولا يفعل ما ينقصه ، إلا إذا قال له : وكلتك وكالة مفوضة ، وكل ما يصدر عنك ينفذ ولو كان ضاراً ، فإن تصرف الوكيل فى هذه الحالة ينفذ فيما فيه ضرر بالمال ، وإن كان يحرم عليه أن يفعل ما يضر بموكله ، ولو أذنه لأنه أمينه ، والأمين يجب عليه ألا يضر بمن ائتمنه على أى حال أنه لا ينفذ تصرفه إذا كان فيه سفه وتبذير . وأما إذا تصرف بمعصية فإن الوكالة تكون باطلة من أصلها لما عرفت من أنها لا تصح فى المعاصى .

ويستثنى من الوكالة العامة أمور :

(أحدها) طلاق زوجة الموكّل فإنه لا يدخل فى التوكيل ، حتى ولو قال له : كل تصرفك نافذ ولو فيه ضرر . وذلك لأن طلاق الزوجة لابد له عرفاً من توكيل خاص بأن يقول له : وكلتك على طلاق زوجتى فلانة أو يشير إليها بأن يقول : وكلتك على طلاق هذه .

(ثانيها) تزويج البنت ، فليس للوكيل أن يزوج بنت موكله إلا بتوكيل خاص بأن يقول : وكلتك على زواج بنتى فلانة أو هذه مشيراً إليها .

(ثالثها) بيع داره التى يسكنها : فلابد من توكيل خاص أيضاً بأن يقول : وكلتك على بيع دارى الفلانية أو هذه الدار .

(رابعها) بيع عبده القائم بأموره فإنه لا يدخل فى الوكالة العامة ، فهذه الأمور الأربعة لا تدخل فى الوكالة العامة ، بل لابد فيها من التوكيل الخاص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يصح التوكيل الا ممن يملك التصرف فى الذى يوكل فيه بملك او ولاية فأما من لا يملك التصرف فى الذى يوكل فيه كالصبى والمجنون والمحجور عليه فى المال والمرأة فى النكاح والفاسق فى تزويج ابنته ، فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه ، فلا يملك أن يملك ذلك غيره ، وأما من لا يملك التصرف الا بالاذن كالوكيل والعبد المأذون ، فانه لا يملك التوكيل الا بالاذن لانه يملك التصرف بالاذن ، فكان توكيله بالاذن ، واختلف أصحابنا فى غير الأب والجد من العصبات ، هل يملك التوكيل فى التزويج من غير اذن المرأة ؟ فمنهم من قال : يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع ، فملك التوكيل من غير اذن كالأب والجد ، ومنهم من قال : لا يملك لأنه لا يملك التزويج الا باذن فلا يملك التوكيل الا باذن كالوكيل والعبد المأذون)) .

الشرح الأحكام : لا يصح التوكيل إلا إذا صدر للوكيل من الموكل الذى يملك التصرف عن نفسه فى ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقد الأهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ماداموا لا يملكون التصرف ، وفاقد الشىء لا يعطيه ،و يلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها فى عقد النكاح ، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه فى تزويج ابنته ، لفقده حق الولاية عليها ، ويلحقون بالمجنون المغمى عليه والنائم ، إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى وإنما أبيح توكيل الصبى فيما يكون مصدقا فيه كالخادم والعبد مادام الصبى مميزاً لم يجرب عليه كذب وذلك فى الإذن

فى دخول دار وإيصال هدية . أما الصبى غير المأمون ، المجرب الكذب عليه ، فلا يعتمد قطعاً وما حفته قرينة يعتمد قطعاً ، وحينئذ يكون العمل بالعلم لا بالخبر .

وأما المرأة فلا تتوكل فى عقد النكاح كما قلنا إيجابا وقبولا .

واختلف فى الجد وغير الأب من العصبات هل يملك التوكيل فى التزويج من غير إذن المرأة ؟ فإن قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فإنه يملك التوكيل من غير إذنها كالأب وأبى الأب .

ومنهم من قال : لا يملك التزويج إلا بإذن ، ويكون الإذن بمثابة توكيل منها والحق أن الإذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا إلى بيان درجاتها وإعطائها ما تستحقه من تقويم فالولاية الشرعية تعطى الولى الحق فى التزويج بغير إذن ولا توكيل ، والتوكيل يعطى الحق للوكيل بالولاية الجعلية أو الولاية العرفية ، والظاهر أن الأولى أقوى فيكتفى فيها بما لا يكتفى فى الثانية ، وأن باب الإذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة على الوكالة ، والصحة على التصرف ، إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف ، رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الأبضاع يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الأصح أنه يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) ومن لا يملك التصرف فى حق نفسه لنقص فيه كالمرأة فى النكاح والصبى والمجنون فى جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لأنه اذا لم يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل ، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة فى حق نفسه جاز ان يتوكل فيه لغيره ، لأنه يملك فى حق نفسه بحق الملك فملك فى حق غيره بالاذن » .

« واختلف أصحابنا فى العبد ، هل يجوز أن يتوكل فى قبول النكاح ؟ فمنهم من قال : يجوز ، لانه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى ، فملك ان يقبل لغيره بالتوكيل ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه لا يملك النكاح ، وانما أجيز له القبول لنفسه للحاجة اليه ولا حاجة الى القبول لغيره ، فلم يجز ، واختلفوا فى توكيل المرأة فى طلاق غيرها ، فمنهم من قال : يجوز كما يجوز توكيلها فى

طلاقها ، ومنهم من قال : لا يجوز ، لأنها لا تملك الطلاق ، وانما اجيز توكيلها فى طلاق نفسها للحاجة ، ولا حاجة الى توكيلها فى طلاق غيرها ، فلم يجز ، ويجوز للفاسق أن يتوكل فى قبول النكاح للزوج ، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق ، فجاز أن يقبل لغيره ، وهل يجوز أن يتوكل فى الايجاب ؟ فيه وجهان .

(احدهما) لا يجوز ، لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقا كالولى .

(والثانى) يجوز ، لأنه ليس بولى . وانما هو مأمور من جهة الولى ، والولى عدل » .

الشرح الأحكام ، بعض أحكام هذا الفصل مضى فى الذى قبله . وقال الرملى فى شرح المنهاج :

وشرط الوكيل تعيينه إلا فى نحو : من حج عنى فله كذا . فيبطل : ووكلت أحدكما ، نعم إن وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك فى كذا وكل مسلم صح كما بحثه الشيخ فى شرح منهجه قال : وعليه العمل . وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسيأتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاط فى العاقد ما لا يحتاط فى المعقود عليه لا التفات له هنا ، إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه ، وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره . إلى أن قال :

والأصح صحة توكيل عبد فى قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن فيه إشارة إلى استثناء هذين من عكس الضابط ، وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ، ويستثنى صحة توكل سفيه فى قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة فى طلاق غيرها ومرتد فى تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشرط فى بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه ، وسيأتى فى بابه ما فيه ، ورجل فى قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحته أربع والموسر فى قبول نكاح أمة . واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم فى شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح ، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم فى العدة بان نفوذ طلاقه .

وأشار المصنف ـ يعنى النووى فى المنهاج ـ فى مسئلة طلاق الكافر

للمسلمة بأنه يصح طلاقه فى الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه فى جنس ما وكل فيه فى الجملة لا فى عينه ، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك فى الموكل أيضاً كما قدمناه ، ومنعه أى توكيل العبد ، أى من فيه رق فى الإيجاب للنكاح ، لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى ، ويصح توكيل المكاتب فى تزويج أمته كما بحثه الأذرعى وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل حالة التوكيل ، وإلا فكيف يأذن فيه ؟

فـرع إذا جاز للفاسق أن يتزوج وصح تعاقده فجاز أن يتعاقد لغيره على أحد الوجهين لأنه ليس بولى . والولى عدل . والوجه الثانى : إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول ، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخى .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : لا يجوز الا على الفور لانه عقد فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع ـ والمذهب الأول ـ لانه اذن فى التصرف ، والاذن قائم ما لم يرجع فيه ، فجاز القبول . ويجوز القبول بالفعل، لانه اذن فى التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالاذن فى اكل الطعام)) .

الشرح الأحكام : الوكالة كأى عقد من العقود لا ينقدح فى الذمة إلا بتحقيق هذين الشرطين ، الإيجاب والقبول ، لما يترتب على هذا العقد من حق كل واحد منهما .

فيشترط من الموكل أو نائبه لفظ صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهمة لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكلتك فى كذا أو فوضته إليك أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامى فيه ، أو أنت وكيلى فيه كبقية العقود ، إذ الشخص ممنوع من التصرف فى مال غيره إلا برضاه ، فلا يصح أن يقول : وكلت من أراد بيع دارى ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الإذن لفساده .

نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد فى إعتاق عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكى وأخذ منه صحة قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقد فى البلد أن يزوجنى . قال الأذرعى : وهـذا إن صح فمحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة ، وبذلك أفتى ابن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل ، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة .

وقد يشترط القبول هنا لفظا ، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى فى يده فى قبضـها له ، لابد من قبوله لفظا لتزول يده عنها به .

اذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور ؟ أم يصح على التراخى ؟ قولان فالمصنف والأصحاب كافة على جوازه على الفور وعلى التراخى خلافا للقاضى أبى حامد المروروذى فإنه قال : لا يجوز إلا على الفور كالبيع .

فـــرع إذا قال أذنت لك فى إعطاء فلان صكا بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ يكتب الصك كان ذلك هو القبول ، ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بلفظ القبول وهو مرجوح ، إذ لو قال له أذنتك فى الطعام فأقبـل على الطعام ولم يقل شيئاً وأكل ألا يكون ذلك قبـولا ؟ ومادام التوكيـل أو الإذن القصـد منه أداء الفعل فأداه فقـد تحقق الغرض من الوكالة أو النيابة . والله تعالى أعلم .

فـــرع قال الفقيه الثبت فى القوانين الوضـعية مقارنة بالشريعـة الحنفية الدكتور السنهورى فى كتاب (مصادر الحق جـ ٤ ص ٥١،٥٢) العلم بالقصد غير المشروع ليس هو بالضبط ما نسميه الآن Cause فى التعاقد ، فإن الفقه الإسلامى لا يعرف نظرية السبب بوضعها الحديث لأنه فقه ذو نزعة موضوعية بارزة وإن كان أحياناً تتغلب فيه العوامل الدينيـة نظراً لتقيـده بالمشروعية الإسلامية (قصد الله تعالى فى كل الأمور) على وجه العموم . وفى بعض المذاهب تضمر نظرية السبب وتختفى وراء الصيغة وذلك كما فى المذهبين الحنفى والشافعى وفى بعضها الآخر تبرز هذه الاعتبارات الأدبية

كما فى المذهبين المالكى والحنبلى . قال الدكتور كمال وصفى : وفى الاتجاه الأول يعتد بالسبب إذا كان داخلا فى صيغة العقد ويتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً ولكن لا يعتد به إذا لم تتضـــمنه صـــيغة العقد وأما فى المذهبين المالكى والحنبلى فقد قال أستاذنا السنهورى رحمه الله (المرجع السابق ٧١) إنه لا يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر فى العقد بشرط أن يكون معلوماً للطرف الآخر أو كانت الظروف تحتم علمـــه ا هـ من حاشـــية على الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٩ دار المعارف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــــل) ولا يجوز التوكيل الا فى تصرف معلوم . فان قال : وكلتك فى كل قليل وكثير لم يصح ، لانه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق ، فيعظم الضرر ويكثر الغرر . وان قال وكلتك فى بيع جميع مالى او قبض جميع ديونى صح ؛ لانه يعرف ماله ودينه ، وان قال : بع ما شئت من مالى او اقبض ما شئت من ديونى جاز لانه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر .

وان قال : اشتر لى عبداً لم يصح لان فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكـــون بالف ، فيكثر الغرر ، وان قال : اشتر لى عبداً بمائة لم يصح ، لان ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر .

وان قال اشتر لى عبداً تركيا بمائة جاز ، لان مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر ، فان قال : اشتر لى عبداً تركيا ولم يقدر الثمن ففيه وجهان . قال أبو العباس : يصح لانه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقل الغرر ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح لأن أثمـــان الترك تختلف وتتفـــاوت ؛ فيكثر الغرر ، وان وكله فى الابراء لم يجز حتى يبين الجنس الذى يبرىء منـــه ، والقدر الذى يبرىء منه ، وان وكله فى الاقرار وقلنا : انه يصح التوكيل فيـــه لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به ، وقدر ما يقر به ؛ لانه اذا أطلق عظـــم الضرر وكثر الغرر فلم يجز ، وان وكله فى خصومة كل من يخاصمه ففيـــه وجهان :

(احدهما) يصح ، لأن الخصومة معلومة .

(والثانى) لا يصح ، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر » .

الشرح الأحكام : لا يجوز التوكيل إلا فى تصرف معلوم من بعض الوجوه لئلا يعظم الغرر . ولا يشترط علمه من كل وجه . هكذا قرر النووى

فى المنهاج ، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها فلو قال : وكلتك فى كل قليل وكثير لى فى كل أمورى أو حقوقى ، أو فوضت إليك كل شيء لى ، أو كل ما شئت من مالى لم يصح لما فيه من عظيم الغرر ، لأنه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين . وكذلك أفتى الرملى الكبير شهاب الدين . فلا ينفذ تصرف الوكيل فى شيء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذى هو السبب فى البطلان لا يندفع بذلك .

قال شمس الدين الرملى : وفاروق ما مر عن أبى حامد بأن ذلك فى جزئى خاص معين فساغ كونه تابعاً لقلة الغرر فيه بخلاف هذا ، وبخلاف ما جاء فى قوله : وكلتك فى كذا وكل مسلم . إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً ، وليست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر فى التابع فيها .

وإن قال : وكلتك فى بيع أموالى وعتق أرقائى ووفاء ديونى واستيفائها ونحو ذلك صح ، وإن كان ما ذكر معلوماً عندهما لقلة الغرر فيه . ولو قال : فى بعض أموالى أو شيء منها لم يصح . أما لو قال : بع هذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدلى فلا إبهام فيه . وكما لو قال : أبرىء فلاناً عن شيء من دينى صح وحمل على أدنى شيء . إذ الإبراء عقد غبن فتوسع فيه بخلاف البيع . وكقوله أبرىء فلاناً عما شئت من دينى فليبق عليه شيئاً . أما لو قال : أبرئه عن جميعه صح إبراؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر .

وإن قال : اشتر لى عبداً بمائة ولم يبين جنسه ولا يغنى ذكر الوصف كأبيض أو أسود نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها . هذا إذا كان العبد للاقتناء أما إذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غيره لشبهه بالقراض . ونقله ابن الرفعة عن الماوردى وغيره .

قال الرملى شمس الدين : ولو وكله فى تزويج امرأة اشترط تعينها ، ولا يكتفى بكونها مكافئة له ، لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة

كثيراً فاندفع ما ذكره السبكي هنا . نعم إن أتى له بلفظ عام كزوجني من شئت صح للعموم ، وجعل الأمر راجعاً إلى رأى الوكيل بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراده ظاهره ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض ، أو في شراء دار للقنية أيضاً وجب بيان المحلة ــ أى الحارة ــ ومن لازمها بيان البلد ، فلذا لم يصرح به .

أما الإقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه إلا إذا بين جنس ما يقر به وقدره لعظم الغرر عند الإطلاق وكثرة الضرر فلم يصح ، فإذا وكله في خصوماته ، كقوله : وكلتك في خصومة من أخاصمه ففيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل . ومن أصحابنا من قال : يجوز لأنه أذن في التصرف فجاز تعلقه على شرط مستقبل كالوصية ، والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة في ابطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والاجارة ، ويخالف الوصية فانها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط ، والوكالة تؤثر الجهالة في ابطالها فأثر غرر الشرط .

فان علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف لان مع فساد العقد الاذن قائم فيكون تصرفه باذن فصح ، فان كان قد سـمى له جعلا سقط المسمى ووجب له اجرة المثل لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجرة المثل كالعمل في الاجارة الفاسدة ، وان عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط ، بأن قال وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيـع مالي بعد شهر صح ، لانه لم يعلق العقد على شرط ، وانما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد)) .

الشرح الأحكام : فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالأول لا يجوز والثاني يجوز .

أما أجرة الوكيل فتتحدد بأجرة المثل ولو سمى له جعلا .

أما الشرط فقد قال الرملي شمس الدين : ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت في الأصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والإمارة للحاجة (والثاني) تصح كالوصية ورد بما مر ، ومثال الوصية قوله : إذا

جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا ، وصورة الوكالة الباطلة لارتباطها بالشرط كقوله : وكلت من أراد بيع داري ، وقال الزركشي : لا ينفذ التصرف . قال ابن الصلاح : والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز ، إذ أنه ليس من تعاطي العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعة .

فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً جاز ، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه إلا بعد شهر ، وعلم من هذا أنه لو قال لآخر قبل رمضان : وكلتك فى إخراج فطرتى وأخرجها فى رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتى ، لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع .

قال الشمس الرملى : والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح ؛ لأن إخراج الفطرة هنا عمل صحيح ترتب على وكالة فاسدة فنقول : بصحة إخراجها عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن ، والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين ــ وفى أحدهما اضرار بالموكل ــ لم يجز ما فيه اضرار لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » فان تناول تصرفين وفى أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال صلى الله عليه وسلم : « رأس الدين النصيحة ؛ قلنا : يارسول الله لمن ؟ قال : لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة » وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل » .

الشرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد فى مسنده عن ابن عباس ورواه ابن ماجه عن عبادة وحديث ثوبان رواه الجماعة .

اما الأحكام فإذا وكله فى بيع شىء أو طلب الشفعة أو قسم شىء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته ، وهو قول أبى حنيفة فى القسمة وطلب الشفعة ، لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثانى) لا يملكه ، وهو قول بعض أصحابنا لأنه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الإذن فى أحدهما الإذن فى الآخر ، فإذا قال : اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك ، وإن قال : اقبض حقى الذى قبل فلان أو على فلان جاز له مطالبة وارثه والله تعالى أعلم .

(فـروع) قال المزنى : وللناس أن يوكلوا فى أموالهم وطلب حقوقهم وخصوماتهم ، ويوصوا بتركاتهم ، ولا ضمان على الوكلاء ولا على الأوصياء، ولا على المودعين ولا على القارضين ، إلا أن يتعدوا فيضمنوا والتوكيل من كل موكل من رجل وامرأة تخرج أو لا تخرج بعذر أو غير عذر حضر خصم أو لم يحضر جائز .

وجملة الأعمال أنها تنقسم أربعة أقسام ، قسم يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة ، وقسم يجوز فيه التوكيل مع العجز ولا يجوز مع القدرة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل مع القدرة .

واختلفوا فى جواز التوكيل فيه مع العجز . فأما القسم الأول ، وهو ما يجوز التوكيل فيه مع القدرة والعجز ، فهو ما كان من حقوق الأموال أو ما يجرى مجرى الأموال ، فأما حقوق الأموال فمنها ما كان من حقوق الله تعالى كالزكوات والكفارات ، ويجوز التوكيل فى إخراجها وتفريقها ، ومنها ما كان من حقوق الآدميين فتارة يكون عقداً كالبيع والإجارة ، وتارة نقداً كالقرض والحوالة ، وتارة يكون رفقاً كالعارية والوديعة ، وتارة يكون تركا كالإبراء والمسامحة ، وتارة يكون أخذاً كالقبض والمطالبة ، وتارة يكون فضلا كالشركة والمضاربة ، وتارة يكون عملا كالبناء والعمارة .

فحقوق الأموال تتنوع على هذه الأحوال السبع ، والتوكيل فى جميعها جائز .

وأما ما جرى مجرى الأموال فتارة يكون عقداً كالنكاح والرجعة ، وتارة يكون حلا ، كالطلاق والعتق ، وتارة يكون حداً كالقصاص والقذف ، وتارة يكون استيثاقاً كاثبات الحجج والبينات ، والدعاوى والمخاصمات ، فهذا كله يجوز فيه التوكيل إلا استيفاء الحدود وإثباتها على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى .

(فروع) وأما القسم الثانى ، وهو ما لا يجوز فيه التوكيل مع القدرة والعجز ، وهو ما كان من العبادات التى وضعت اخلاصاً ، كالصلاة ، أو زجراً كالأيمان واللعان .

أما الطهارة فتنقسم ثلاثة أقسام قسم يجوز فيه التوكيل والنيابة ، وهو إزالة النجاسة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل وهو رفع الحدث لأن مقصوده الإخلاص والعمل بالنية ، فلو أن رجلا أمر على أعضاء رجل بأمره ونوى المغسول أعضاؤه الطهارة للصلاة جاز ، ولم تكن هذه وكالة ، وكانت معونة كما يعاون باستقاء واعارة الثوب .

والقسم الثالث من الطهارة ما سقط فرضه بفعل الغير من غير أن يكون وكالة ، وهو غسل الميت ، لأنه فرض على الكفاية ، فاذا فعله أحد منهم سقط به الغرض عن غيره ، وان لم يكن وكيلا ، وهو هذا القسم اختيار الزوجات فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، ولا تصح الوكالة فيه ، لأنه موقوف على شهوات النفوس .

(فروع) والقسم الثالث ما يجوز فيه التوكيل مع العجز ولا يجوز مع القدرة ، وهو الحج والعمرة وقد مضى فى حكم النيابة فيهما ما يغنى عن إعادته ، ويجوز التوكيل فيه مع العجز ، ولا يجوز مع القدرة ، ويكون ركعتا الطواف يفعلها النائب تبعاً لأركان الحج ، وإن كانت الصلاة مما لا تصح فيها النيابة .

(فروع) وأما القسم الرابع ، وهو ما لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة ، واختلف فى جواز التوكيل فيه مع العجز وهو الصيام ، فإن كان من

وجب عليه الفرض حياً لم يجز الصيام سواء كان عاجزاً أو مطيقاً ، وإن كان ميتا فقد كان الشافعي يقول في القديم : يجوز الصيام عنه لخبر روى فيه ، ورجع عنه في الجديد ، ومنع من الصيام عنه لضعف الخبر واحتمال التأويل فيه إن صح .

فاذا تقرر ما وصفنا فلابد في عقد الوكالة من لفظ تنعقد به الوكالة ، وأن يكون مقارناً لذكر ما وقعت فيه الوكالة ، ثم قبول الوكيل ، فتتم الوكالة بهذه الشروط الثلاثة ، شرطان منها من جهة الموكل هما : اللفظ بالوكالة ، وذكر الموكل فيه . والثالث من جهة الوكيل وهو القبول .

فأما الشرط الأول وهو لفظ العقد فينقسم ثلاثة أقسام ، قسم هو صريح العقد ، وقسم هو مقصود العقد ، وقسم يخرج على الأمرين ما لا يكون صريحاً ولا مقصوداً .

أما صريح العقد فهو أن يقول : قد وكلتك أو أنت وكيلي ، أو جعلتك وكيلي أو جعلتك لي وكيلا فتصح الوكالة بهذا اللفظ لكونه صريحاً فيه لمفهوم المراد به .

وأما المقصود بالعقد فهو أن يقول : قد أقمتك مقامي ، أو قد جعلتك نائباً عني ، فيصح عقد الوكالة ، بهذا اللفظ أيضاً ، لأنه المقصود في اللفظ الصريح فيها ، فكان أحق بصحة العقد ، وهكذا لو قال : قد استنبت صح العقد ، لأن الوكالة ، نيابة .

ولكن لو قال : سأوكلك لم يصح العقد لأنه مجمل ، وكذا أوكلك . وأما الخارج عن الأمرين من صريح مقصود فهو أن يقول : قد حولت عليك ، فلا يصح عقد الوكالة له لاحتمال أن يكون معولا على رأيه ومعونته أو نيابته ، وهكذا لو قال : قد اعتمدت عليك ، أو استفتيتك إلى ما جرى مجرى ذلك من الألفاظ المحتملة ، لم يصح العقد بها إلا أن يضم إليها أحد ألفاظ القسمين الأولين فيصح .

(فروع) وأما الشرط الثاني وهو ذكر ما وكله فيه فينقسم ثلاثة

أقسام ، قسم يكون عاما فى الأحوال كلها ، وقسم يكون خاصا فى حال بعينها، وقسم يكون عاما من وجه وخاصا من وجه .

فأما العام فى الأحوال كلها فصورته أن تقول : قد وكلتك فى كل شيء ، أو قد وكلتك فى كل قليل وكثير ، أو قد وكلتك فى فعل ما رأيته . وأما القسم الثانى وهو ظاهر فى حال بعينها ، فصورته أن تقول : قد وكلتك فى بيع هذا العبد أو وكلتك فى شراء هذه الدار أو فى اقتضاء هذه الدية ، أو تثبت هذه الوصية أو فى مخاصمة هذا المدعى فتصح الوكالة خصوصاً فى المأذون فيه دون غيره ، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة ، وإن خالف فى الوصية فإن أبا حنيفة يجعل الوصى فى شيء وصيا فى كل شيء ، ولا يجعل الوكيل فى شيء وكيلا فى كل شيء ، وعند الشافعى أنهما سواء فى أن عملهما مقصور على المأذون دون غيره .

وأما القسم الثالث وهو العام من وجه الخاص من وجه ، فعلى ضربين

(أحدهما) أن يكون خصوصه بجعل العموم خصوصاً معلوماً فتصح فيه الوكالة ، كقوله : قد وكلتك فى كل قليل وكثير من مالى ، لأن تخصيص البيع جعل المراد بعموم ماله معلوماً .

(والضرب الثانى) أن لا يكون يصير العموم بما ذكر من الخصوص معلوماً ، فالوكالة فيه باطلة كقوله : قد وكلتك فى شراء ما رأيت لكل قليل وكثير من مالى ، لأن جنس ما يشتريه بماله لا يصير معلوماً ، فبطلت الوكالة فيه . وهكذا لو قال : اشتر بهذا الألف ما رأيت من العروض أو ما علمت فيه حظا من الابراء كانت الوكالة فيه باطلة إلا أن يكون مقصوده طلب الربح دون التمليك ، فيجوز كالمضاربة .

فإن قيل : أليس لو دفع فى المضاربة ما لا يشترى به العامل ما رأى فيه صلاحاً جاز ، فهلا جاز مثله فى الوكالة ؟

قيل : الفرق بينهما أن المقصود فى المضاربة طلب الربح ، فلا يؤثر فيه

اختلاف الأجناس ، لأن المقصود معلوم فصح ، والمقصود فى الوكالة تملك العين المشتراة ، واطلاق ذلك مع اختلاف الأجناس لا يجعل المقصود منها معلوماً فبطل .

فعلى هذا لو قال له : قد وكلتك فى شراء عبد لم يصح حتى يصفه بما للوكيل مراده للعبد ، من ذكر جنسه ونوعه ، ولا يحتاج إلى ذكر صفته المستحقة فى السلم ، لأنه يضيق على الناس . فلو قال له : قد وكلتك فى شراء من رأيت من العبيد أو فى شراء ما رأيت من الخيل ، لم يجز لاختلاف العبيد والخيل ، وحمل الوكيل بالمقصود منها . وهكذا لو قال : بع من رأيت من عبيدى أو بع ما رأيت من خيلى لم يجز سواء ذكر العدد أو لم يذكر ، حتى يتميز المبيع والمشترى عن غيره بصفة أو إشارة .

وقال بعض أصحابنا : يجوز أن يوكله فى شراء عبد أو ثوب وإن لم يشر إلى صفاته اعتماداً على رأى وكيله ، ولا يجوز على المذهب الأول عقد الوكالة وبيان الوكيل حتى يقترن به على الغرر .

فــرع وأما الشرط الثالث وهو قبول الوكيل وهو على التراخى ما لم يتغير زمان العمل الذى وكل فيه ، فإن تغير زمانه وخيف فواته كان قبول الوكالة على الفور ، وكذا لو عرضها الحاكم عليه عند قبولها عنده صار قبولها على الفور أيضاً وقبولها فيما سوى هذه على التراخى .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : قبول الوكالة على الفور لأنها عقد فجرت مجرى سائر العقود ، وهذا خطأ من ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الوكالة له إذن بالتصرف ، فلم يحتج إلى تعجيل القبول كما لو أذن له فى بيع أو شراء .

(الثانى) أن الوكالة نيابة كالوصية ، ثم جاز أن يكون القبول فى الوصية على التراخى كذلك الوكالة .

(والثالث) أنه لو وكله بمكاتبة جاز ، إذا وقع فى نفسه صحة الإجازة

وأن يكون قبوله على التراخي ، وكذلك فى المشافهة . فإذا استكمل هـذه الشروط فقد ثبتت الوكالة ، سواء أشهد الموكل على نفسه بها أم لا ، لأن الشهادة إنما هى حجة فى ثبوت وكالته ، وليست شرطاً فى صحتها ، فلو كان الوكيل غائباً عن عقد الوكالة فشهد بوكالته شـاهدان عنـد الحاكم ، فإن صدقهما جاز له قبولها والعمل بها ، وإن لم يقع فى نفسه صدقهما لم يجـز أن يعمل بها .

وليس قبول الحاكم لها بمغن عن تصديقه ، ولو ردها الحاكم لمعنى أوجب رد شهادتهما ووقع فى نفس الوكيل صدقهما جاز له قبولها والعمل بهـا ، وليس رد الحاكم لهما بمانع من عمل الوكيل بقبولهما لأن قبولهما عنده خبر، وعند الحاكم شهادته ، فإذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بوكالته ـ نظر فإن كانت الوكالة فيما إذا جحدها الموكل ـ تعلق بالوكيل فيها ضمان كالبيع إن جحده الموكل لزم الوكيل ضمان القبض من المبيع ، وكالشراء إن جحده الموكل لزم الوكيل المشترى وكفيل الأموال يلزمه مع الجحد الضمان أو كقضاء الديون يلزمه الجهد غرم ما قضى ، فواجب على الموكل مع بقائه على التوكيل أن يشهد على نفسه بالوكالة ، وإن كانت الوكالة فيما إن جحده الموكل لم يتعلق بالوكيل فيها ضمان الوكالة فى إثبات الحقوق ، والمطالبـة بالشفعة ومقاسمة الشركاء لم يجب على الموكل أن يشهد على نفسه بالوكالة، ثم لا يجوز عقد الوكالة على أجل أو شرط ، لأن تعليق العقود به بشروط ، والآجال فاسدة ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك فى بيع دارى ، كانت الوكالة باطلة لعقدها إلى أجل .

ولو قال : قد وكلتك فى بيع دارى كانت الوكالة باطلة جاز لأنه عجل عقد الوكالة ، وإنما جعل رأس الشهر محلا لوقت البيع وهكذا لو قال : إن شاءت زينب فقد وكلتك فى طلاقها لم يجز ، ولو قال : قد وكلتك فى طلاق زينب إن شاءت جاز .

فاذا ثبت كل ما وصفنا فقد ينقسم ما تضمنته الوكالة ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما كان عمل الوكيل فيه مقصوراً على ما تضمنته الوكالة دون

مقصوده ، وهو ما لم يبن مقصوده واختياره على الموكل كالتوكيل فى إثبات الحدود والقصاص ، فلا يجوز للوكيل أن يستوفى الحدود والقصاص بعد إثباته الآن استيفاء وهكذا لو وكله فى مطالبة بدين لم يكن قبضه بعد المطالبة به ، وإن وكله فى إثبات منفعة ليستحقها لم يكن له انتزاعها ، وكان عمل الوكيل فى هذه الأحوال كلها متصوراً على ما تضمنه الإذن .

(وأما القسم الثانى) ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل كالتوكيل فى بيع أو شراء ، فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن ، وإن لم يصرح له الموكل به ، لأن عقد البيع قد أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب إلى أن لا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن ، فلذلك جاز أن يتجاوز ما تضمنه العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه ، وهكذا لو وكله فى شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها لأن عقد الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن وهو مندوب إلى أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فإن وكله فى البيع على أن لا يقبض الثمن من المشترى صحت الوكالة ، ولم يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع ، كان فى الوكالة وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصاحه :

(أحدهما) تصح الوكالة كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فإذا أذن بتسليم المبيع أذن الموكل .

(الوجه الثانى) أن الوكالة باطلة ، لأن إقباض المبيع من لوازم البيع ، فإذا نهاه عنه بطل التوكيل .

(وأما القسم الثالث) فاختلف المذهب فيه ، هل يكون عمل الوكيل مقصوراً على كل ما تضمنه الإذن أو يجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه ، وهو ما لا يمكن من عمل المأذون فيه إلا به ، كالوكالة فى مقاسمته فى دار ، وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك ، فهل للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج

والبينات عليها . وكالوكالة فى قبض دين إذا جحده المطلوب ، هل يجوز للوكيل مخاصمته ، وإثبات البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن شريح تخريجاً :

(أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن ، وما يجاوزه ليس بواجب فيه ، فشابه القسم الأول .

(والقول الثانى) يجوز له ذلك ، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به ، فصار بواجباته أشبه كالقسم الثانى .

فـــرع قال المزنى : ولا ضمان على الوكلاء ولا على الأوصياء ، ولا على المودعين ولا على المقارضين إلا أن يتعدوا فيضمنوا . وهو كما قال :

قلت : والأيدى فى أموال الغير على ثلاثة أقسام : يد ضامنة ، فيد أمينة، ويد اختلف قول الشافعى فيها ، ما معنى ضامنة أو أمينة .

فأما اليد الضامنة فيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشترى والمستقرض وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما أتلفوا فى أيديهم ، وان كان هلاكه من غير تعد فلا يتهم غير متعد بيده ، أو مقارض على ما فى يده .

وأما اليد الأمينة ، فيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا لأنه ليس فيهم متعد بيده ، ولا معاوض على عين .

وأما اليد المختلف فيها ، فيد الأجير المشترك ، إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ففيه قولان :

(أحدهما) أنها ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير .

(والقول الثانى) أنها أمينة لا ضمان فيما هلك فيها كالمودع .

(فرع) إذا تقرر هذا فالوكيل أمين فيما فى يده لموكله ، ولا ضمان عليه ان هلك لأمرين :

(أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذى هو بمثابته .

(والثانى) أن الوكالة عقد إرفاق ومعونة ، وفى تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة بها ، وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض ــ وكان أبو على الطبرى يقول : ــ إن كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترى فيكون وجوب الضمان على قولين ، وهذا ليس بصحيح ، لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة فى اللزوم خرجت عن حكمها فى الضمان

فـــرع قال المزنى : والتوكيل من كل موكل من رجل أو امرأة تخرج أو لا تخرج بعذر أو غير عذر حضر خصم أو لم يحضر جائزة .

قال الماوردى رحمه الله تعالى : اعلم أن الكلام فى هذه المسئلة يشتمل على فصلين :

(أحدهما) الخلاف المتعلق بها (والثانى) شرط المذهب فيها . فأما الخلاف المتعلق بها فتقديمه أولى ليعتمد عليه المذهب مشروطا . والخلاف فيها فى فصلين (أحدهما) أن المرأة يجوز أن توكل فى المخاصمة ، خَفِرة كانت أو برزة . وقال أبو حنيفة يجوز للخفرة التى لا تبرز أن توكل ، ولا يجوز للبرزة التى تظهر للناس أن توكل فى المخاصمة حاضراً كان أو غائباً معذوراً أو غير معذور .

وقال أبو حنيفة : يجوز للغائب والحاضر المعذور أن يوكل ، ولا يجوز للحاضر غير المعذور أن يوكل ، واستدل أبو حنيفة عليهما لتقارب الخلاف فيهما بقوله تعالى : « وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون » [1] .

ومن امتنع من الحضور بالوكالة كان معرضاً عن الإجابة ، وقد روى عن

---

(١) الآية ٤٨ من سورة التوبة .

عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أنه كتب فى عقده إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه : آس بين الناس فى وجهك وعدلك ، ومجلسك وفى مقابلة الخصم بلا وكيل عدم المساواة بين الخصمين ، ولأن حضور الخصم حق حقوق المدعين ، بدلالة ما يستحق من ملازمته للخصومة ، ومنعه عن اشتغاله فى امتناعه من الحضور بالتوكيل ، إسقاط لحق المدعى من الحضور ولأن جواب الدعوى مستحق على المدعى عليه ، وقد يكون الجواب تارة اقراراً وتارة انكاراً . والوكيل يقرر مخاصمة فى الانكار دون الاقرار ، فلم يجز أن يبطل بالتوكيل حقه من أحد الجوابين ، وما قد يستحقه من اليمين التى لا ينوب الوكيل عنه فيها ، ولأن الوكيل فرع لموكله كالشهادة على الشهادة هى فرع على شهود الأصل ، فلما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع إلا بعد العجز عن الموكل ، ولأن الوكيل نائب عن موكله كالوصى والولى على اليتيم فلما ثبتت الولاية لعجز المولى وجب أن تصح الوكالة لعجز الموكل .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر ، انهم قتلوا عبد الله بن سهل نيابة عن عبد الرحمن ابن سهل أخى المقتول ووليه ، وكان حاضراً ، فقد أبكر دعواهم له مع حضوره ، فلو كان وكالة الحاضر غير جائزة لا نكرها حتى يبتدىء الولى ، « ألا ترى أنه أنكر على محيصة حين ابتدأ بالكلام قبل حويصة ، وقال له صلى الله عليه وسلم : كبِّر كبِّر » وليس تقديم الأكبر بواجب ، وإنما هو أدب فكيف يكف عن الأنظار ما هو واجب .

وروى أن على بن أبى طالب رضوان الله عليه وكل عقيلا أخاه عند عمر ابن الخطاب ، ولعله عند أبى بكر رضى الله عنهما ، وعلى كان حاضراً ووكل أيضاً عبد الله بن جعفر ــ حين أسر عقيل ــ عند عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وكان على حاضراً فكان ذلك منهم إجماعاً على وكالة الحاضر ، ولأن من صح توكيله إذا كان غائباً أو مريضاً صح توكيله وإن كان حاضراً صحيحا كالتوكيل فى العقود ، واستخراج الديون ولأن كل من صح توكيله فى العقود مع الغيبة صح توكيله مع الحضور كالمريض والمسافر ، ولأن شروط العقد

فى صحته لا تختلف لمرض العاقد أو صحته ، وحضوره أو غيبته كسائر العقود . ولأن مقصود الوكالة إنما هو معاونة من كان ضعيفاً ، أو صيانة من كان مهيباً ، وهذا المعنى موجود فى غير المعذور كوجوده فى المعذور .

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين (أحدهما) أن من وكل عن نفسه لم يكن معرضاً عن الإجابة ، (والثانى) أنه دعا إلى الدين وهذا مما لا يصح التوكيل فيه .

وأما الجواب عن قول عمر رضى الله عنه فهو أن لكل واحد منهما الوكالة فلم يكن فيه إبطال التساوى .

وأما الجواب عن قولهم : إن حضور المدعى عليه من حقوق المدعى غير صحيح ، لأن المدعى عليه لو خرج من الدعوى بغير حضور سقطت المطالبة عنه ، ولو حضر من غير خروج منها لم تسقط عنه ، فثبت أن حق المدعى فى الخروج من الدعوى لا فى حضور المدعى عليه ولا يجوز للحاكم ولا للمدعى قطعه عن أشغاله إذا خرج من الدعوى أو وكل .

وأما الجواب عن قولهم : إن الجواب قد يكون إقراراً ، فهو قد خرج فى دينه بالاقرار مع حضوره ، كان متخرجاً بالخروج من الحق المدعى عليه .

وأما الجواب عن استدلاله بالشهادة على الشهادة فهو جمع لغير معين ، ثم الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أنه لما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع برضى الخصم مع زوال العدول على اعتبار الضرورة فى الشهادة إلا بعد الكشف عن أحوال الشهود فما لم يضطر إليها لم يكلف سماعها ، ويجوز له أن يسمع من الخصم ، ولا يكشف عن حاله ، فجاز سماعه ممن لم يضطر إلى السماع منه .

وأما استدلالهم بالوصى والولى فذلك لأنه نائب عمن لم يخيره ، فلم يجز إلا مع الضرورة ، والوكيل نائب عمن اختاره فجاز مع ارتفاع الضرورة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) وان وكل فى تصرف وأذن له أن يوكل اذا شاء نظرت ، فان عين له من يوكله وكله أميناً كان أو غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين وان لم يعين من يوكل لم يوكل الا أميناً لأنه لا نظر للموكل فى توكيل غير الأمين ، فان وكل أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملك عزله ، لأن الوكالة تقتضى استعمال أمين ، فاذا خــرج عن أن يكون أميناً لم يجز استعماله ، فوجب عزله .

(والثانى) لا يملك عزله ، لأنه أذن له فى التوكيل دون العزل ، وان وكله ولم يأذن له فى التوكيل نظرت ، فان كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، لم يجز ان يوكل فيه غيره ، لأن الاذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف اذا رضيه أن يرضى غيره ، وان وكله فى تصرف وقال : اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله : اصنع فيه ما شئت .

(والثانى) لا يجوز ، لأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع فيه ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل فى تصرفه بنفسه ، وأن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه ، او عمل يترفع عنه ، جاز ان يوكل فيه غيره ، لأن توكيله فيما لا يحسنه او فيــما يترفع عنــه اذن فى التوكيل فيه من جهة العرف . وان كان مما يتولاه الا انه لا يقدر على جميعــه لكثرته ، جاز له ان يوكل فيما لا يقدر عليه منه ؛ لأن توكيله فيما لا يقدر عليه اذن فى التوكيل فيه منجهة العرف ، وهل يجوز ان يوكل فى جميعه ؟ فيــه وجهان :

(احدهما) له ان يوكل فى جميعه ، لأنه ملك التوكيل فملك فى جميعــه كالموكل .

(والثانى) ليس له ان يوكل فيما يقدر عليه منه ، لأن التوكيل يقتضى ان يتولى الوكيل بنفسه ، وانما اذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وان وكل نفسين فى بيع او طلاق فان جعله الى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به ، لانه اذن لكل واحد منهما فى التصرف وان لم يجعل الى كل واحد منهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد به ، لانه لم يرض بتصرف احدهما ، فلا يجوز ان ينفرد به ، وان وكلهما فى حفظ ماله حفظاه فى حرز لهما .

وخرج ابو العباس وجهاً آخر انه ان كان مما ينقسم ، جاز ان يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه ، وان لم ينقسم جعلاه فى حرز لهما كمـــا

يفعل المالكان والصحيح هو الأول ؛ لأنه تصرف اشرك فيه بينهما . فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع ، ويخالف المالكين ، لأن تصرف المالكين بحق الملك ففصلا ما يقتضى الملك ، وتصرف الوكيلين بالاذن ، والاذن يقتضى اشتراكهما ، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه » .

الشرح الأحكام : لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل فى إذنه كما لو لم يوكله .

(الثانى) أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك ، لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإن قال له : وكلتك فاصنع ما شئت فهل له أن يوكل ؟ نظرت فإن كان ما وكله فيه مما يمكن أن يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، فإنه ليس له التوكيل ، لأنه موكل بتصرف يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وقال أصحاب أحمد : له أن يوكل من شاء لدخوله فى عموم التوكيل .

ومذهبنا أنه إذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل إلى من يعينه على أدائه ، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج إلى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيله ، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الأعمال التى يترفع مثله عن القيام بها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم به .

(الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون العمل من الأعمال التى أشرنا إليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة فى حق أشراف الناس أو يعجز عن فعلها أو لأى اعتبار مما ذكرنا آنفا فإن الإذن ينصرف إلى ما جرت به العادة من الاستنابة، وبه قال أحمد وأصحابه .

(القسم الثانى) أن يكون مما يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فجاز التوكيل فى بعضه فيما لا يقدر عليه منه ، أما التوكيل فى جميعه فيجوز عند أصحاب أحمد ، أما عند أصحابنا فوجهان : (أحدهما) له أن يوكل فى جميعه لأنه ملك التوكيل فملك فى جميعه كالموكل (والثانى) ليس له أن يوكل إلا فيما لا يقدر عليه منه ، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وهذا قول عند أصحاب أحمد ذكره ابن قدامة عن القاضى .

(القسم الثالث) وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه كعقد المقاولة فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

(إحداهما) لا يجوز . وهو المذهب عندنا ، وإليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه كالوديعة .

(والأخرى) يجوز ، نقلها ابن حنبل وبه قال ابن أبى ليلى ، إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك . دليلنا أن التوكيل لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ويفارق المالك فإن المالك يتصرف بنفسه فى ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف بالإذن .

فرع كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر ، كما أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً ، لأنه قطع نظره بتعيينه: وإن وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين فوجب عزله .

ويقول النووى : لا يملك الوكيل عزله فى الأصح لأنه أذن فى التوكيل دون العزل . وقد أورد الرملى الوجهين .

فـــرع إذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحــد الانفــراد بالتصرف فله ذلك ، لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل ذلك فليس لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يأذن له فى ذلك ، وإنما يجوز له أذن فيه موكله ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

وإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معاً فى حرز لهما . لأن قوله : افعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتعلق بهما . وفارق هذا قوله بعتكما ، حيث كان منقســما بينهــما ، لأنه لا يمكن كون الملك لهــما على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف .

وخرج أبو العباس بن سريج وجهاً آخــر أنه إن كان المال مما ينقســم اقتسماه ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا .

وليس للحاكم أن يضم أميناً إلى الوكيل ليحل محل الغائب ، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه ، فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره . وفارق ما لو مات أحد الوصيين ــ وفرق بين الوصاية والوكالة ــ حيث يضيف الحاكم إلى الوصى أميناً ليتصرف ، لكون الحاكم له النظر فى حــق الميت واليتيم . ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً فى النظر لليتيم ، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحــكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحــاضر التصرف وحده ، فإذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، لأن الحاكم سمعها لهما مرة .

وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف ، وبما ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة . وقال أبو حنيفة : إذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .

ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبه البيع والشراء والله تعالى أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى توكيل الوكيل غيره

سبق أن أوضحنا أن مذهبنا أنه يصح للوكيل أن يوكل عنه غيره فيما يعجز عنه ، أو لا يليق به مباشرته بدون إذن ، وإلا فلابد من إذن موكله الأصلى صراحة أو ضمناً . وبهذا قال أحمد بن حنبل ومالك رضى الله عنهما.

قالت الحنابلة : لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما يمكنه أن يباشر عمله بنفسه فإذا كان وكيلا على شيء لا يصح لمثله أن يتولاه فإنه يصح له أن يوكل فى عمله غيره ، وإذا أذن له الموكل الأصلى توكيل غيره عنه ، فإنه يصح ، وكذا إذا وكالة وكالة مفوضة بأن يقول له : اصنع ما شئت فانه فى هذه الحالة يصح له أن يوكل غيره عنه .

وقالت المالكية إذا لم يأذن الموكل الأصلى وكيله بتوكيل الغير فإنه لا يصح له أن يوكل إلا فى حالتين :

الحالة الأولى أن يكون وكيلا على أمر لا يليق به أن يتولاه بنفسه كما إذا وكله على بيع دابة بسوق عامة ، وهو عظيم لا يناسبه أن يباشر بنفسه ذلك البيع فله فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره فى بيعها بشرط أن يكون الموكل عالماً بوجاهته أو يكون مشهوراً بالوجاهة ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ووكل عنه غيره بدون إذن الموكل الأصلى وضاع المال كان مسئولا عنه .

(الحالة الثانية) : أن يوكل على عمل كثير ، لا يستطيع أن يتولاه وحده ، فله فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره ليساعده فى العمل وليس له أن يوكل من يستقل بالعمل وحده .

وإذا وكل الوكيل عنه ثم عزل الموكل الأصلى الوكيل الأول ، فإن الوكيل الثانى لا ينعزل بعزل الأول ، فإذا أراد الموكل الأصلى عزل الثانى فله عزله استقلالا ، وللوكيل الأول عزل الوكيل الثانى . وإذا مات الموكل الأصلى انعزل الوكيلان ، وأما الوكيل وكالة مفوضة فله توكيل الغير مطلقاً .

اما ابو حنيفة واصحابه فقد قالوا : إنه لا يجوز للوكيل أن يوكل عنه غيره بدون إذن موكله إلا فى الأمور الآتية :

(أحدها) : أن يوكل شخص آخر فى دفع ما عليه من زكاة فللوكيل فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره بدون إذن موكله ، ويجوز تصرفه بدون إذن الموكل الأصلى بخلاف ما إذا وكل شخصاً آخر على أن يشترى له أضحية ، فوكل الوكيل غيره فاشتراها فالشراء يقع موقوفاً على إجازة الموكل الأصلى فإن أجازه صح وإلا وقع شراؤه للوكيل .

(ثانيها) : أن يوكل شخص آخر فى أن يقبض ديناً له ، فللوكيل أن يوكل عنه شخصاً ممن يعولهم ، فإذا وكل عنه من كان فى عيـاله ودفع المدين له الدين ، فإنه يبرأ ، لأن يد من كان من ضمن العيال كيد الوكيل . أما إذا وكل شخصاً أجنبياً ليس من عياله ودفع المدين له الدين ثم وصل ليد صـاحبه ، فإن المدين يبرأ من الدين ، أما إذا لم يصل الدين إليه وهلك فى يد الوكيل الثانى لم يبرأ المدين ، وعلى الوكيل الثانى ضمان الدين ، وله الرجوع على الوكيل الذى وكله .

(ثالثها) إذا وكل شخصاً على أن يبيع له سلعة ثم طلبه ليقدر له ثمنها الذى يبيعها به ، فوكل الوكيل عنه من يذهب إلى الموكل ليسمع منه تقدير الثمن ، فإن التوكيل يصح بدون الموكل الأصلى ، لأن مقصوده وهو تقدير الثمن قد حصل بدون ضرر .

ويقوم التفويض إلى رأى الوكيل مقام الاذن بالتوكيل ، فإذا قال الموكل له : اعمل برأيك ، أو اصنع ما شئت فله أن يوكل عنه .

وإذا قال الوكيل الأول للوكيل الثانى : اعمل برأيك ، أو اصنع ما شئت فليس له أن يوكل عنه وكيلا ثالثاً بذلك ، ويستثنى من ذلك الطلاق والعتاق كما مر ، فلا يصح أن يوكل عنه غيره .

وإذا وكل الوكيل الأول عنه وكيلا آخر بدون إذن أو تفويض فتصرف

الوكيل الثانى ، فإن تصرفه لا يصح إلا إذا أجازه الوكيل الأول سـواء كان حاضراً أو غائباً ، لأن الغرض هو حصول رأى الوكيل ، وقد حصل باجازته للفعل ، ويسمى الثانى وكيلا . وإن كانت وكالته بدون إذن أو تفويض غير صحيحة ، لأن اجازة تصرفه صيرته وكيلا حالا ، ألا ترى أن الفضولى بعد إجازة عمله يصير وكيلا ، فالاجازة اللاحقة ، كالوكالة السابقة .

وإذا وكل الوكيل الأول بأمر الموكل أو بالتفويض يكون الوكيل الثانى تابعاً للموكل الأصلى ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول الذى وكله كما لا ينعزل بموته ، وينعزلان معاً بموت الموكل الأصلى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل رجلا فى الخصومة لم يملك الاقرار على الموكل ، ولا الابراء من دينه ولا الصلح عنه ، لان الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وان وكله فى تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه ، لأن الاذن فى التثبيت ليس باذن فى القبض من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لانه ليس فى العرف ان من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض ، وان وكله فى قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق ، فهل يملك ان يثبته عليه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يملك ، لأن الاذن فى القبض ليس باذن فى التثبيت من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لانه ليس فى العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه التثبيت .

(والثانى) أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت الى القبض ، فكان الاذن فى القبض اذناً فى التثبيت ، وان وكله فى بيع سلعة فباعها لم يملك الابراء من الثمن ، لأن الاذن فى البيع ليس باذن فى الابراء من الثمن . وهل يملك قبضه أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يملك ، لأن الاذن فى البيع ليس باذن فى قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يرضى الانسان للبيع من لا يرضاه للقبض .

(والثانى) أنه يملك ، لأن العرف فى البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن ، فحملت الوكالة عليه ، وان وكله فى شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك ان يخاصم البائع فى دراك الثمن ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملك ، لأنه من أحكام العقد .

(والثانى) لا يملك ، لأن الذى وكل فيه هو العقد ، وقد فرغ منـه فزالت الوكالة » .

الشرح الأحكام : إذا وكل رجلا فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق لا غيره ، وبهذا قال أحمد ومالك وابن أبى ليلى . وقال أبو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص . وقال أبو يوسف يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره ، لأن الإقرار أحـد جوابى الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار .

دليلنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء ، وفارق الإنكار فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه فى الحدود وفى غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنـع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقـرار لامتنع على المـوكل الاقرار فافتـرقا ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه ، لأن الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له فى تثبيت حق له يملك قبضه ، وبهـذا قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه ، لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

دليلنا أن القبض لا يتناوله الإذن نطقاً ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه .

وإن وكله فى قبض حق فجحد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على الجاحد ؟ فيه وجهان لأصحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ، لأنهما معنيان مختلفـان ، فالوكيـل فى أحدهما لا يكون وكيلا فى الآخر ، كما لا يكون وكيلا فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

(والثانى) كان له القيـام بتثبيت الحـق على جاحـده ، وبهـذا قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد .

ووجه هذا الوجه أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه ، كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه أو وكل فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه . وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عينا أو ديناً .

وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : إن وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة .

فــــرع إذا وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة : يملكه .

دليلنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته . فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه كالإبراء من غير ثمنه .

فــــرع وأما قبض الثمن فعلى وجهين ، إن قلنا : إنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن . وإن قلنا : إن العرف فى البيع تسليم المبيع وقبض للثمن . وأنه موجب للبيع ملك القبض فكان كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن ، فإذا سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والأولى أن ينظر فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان إذنا فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً ، وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه ، وبالوجهين قال : أحمد وأصحابه .

قال الماوردى فى الحاوى : لو وكله فى المطالبة بدين لم يكن له قبضه

بعد المطالبة ، وإن وكله فى المخاصمة فى دار يدعيها لم يكن له قبضها . ولو وكله فى إثبات منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل فى هذه الأحوال كلها مقصوراً على ما تضمنه الإذن فهذا قسم .

(والقسم الثانى) ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده ، وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل ، كالتوكيل فى بيع أو شراء فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع وبتسلم الثمن . وإن لم يصرح له الموكل به ، لأن عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب إلى أن لا يسلمه إلا بعد قبض ثمنه . فلذلك جاز أن يتجاوز العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه .

وهكذا لو وكله فى شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها ، فإن الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن ، وهو مندوب إلا أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فإن وكله فى البيع على أن لا يقبض الثمن من المشترى صحت الوكالة ولم يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان فى الوكالة وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصاحه .

(أحدهما) تصح الوكالة ، كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فإذا أخذ تسليم المبيع أخذ به الموكل .

(والوجه الثانى) أن الوكالة باطلة ، لأن إقباض المبيع من لوازم البيع فإذا نهاه عنه بطل التوكيل .

(القسم الثالث) ما اختلف المذهب ، هل يكون عمل المذهب فيه مقصوراً على ما تضمنه الإذن ؟ أو تجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه ؟ وهو مالا يمكن من عمل المأذون فيه الا به كالوكالة فى مقاسمته فى دار وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك ، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج والبينات عليها ، وكالوكالة فى قبض دين ، أما جحده المطلوب هل يجوز للوكيل مخاصمته وإثبات البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا

(أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن ، لأن ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشابه القسم الأول .

(والقول الثانى) يجوز له ذلك ، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثانى . والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى التوكيل بالخصومة

سبق أن ذكر أن الوكالة بالخصومة تصح ، ولكن وكيل الخصومة لا يملك الإقرار ولا الصلح ، ولا الإبراء من الدين ، ولا قبض الدين ، على أن الوكالة بالإقرار لا تصح حتى ولو صرح بها الموكل فى توكيله على الأصح ، فإذا قال شخص لآخر : وكلتك على أن تقر لفلان بكذا فقال الوكيل : أقررت لفلان بكذا فإنه لا يصح ، لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة ، وهل الموكل يكون مقرا بذلك أولا ؟

والجواب : أن هذا يختلف باختلاف العبارة ، فإذا قال له : وكلتك لتقرعنى لفلان بألف له على ، فإنه بذلك يكون مقرا قطعاً ، وإذا قال له : وكلتك لتقرعنى ، ولم يقل على فقيل يكون مقراً ، وقيل : لا ، والأصح أنه يكون مقراً .

أما إذا قال : وكلتك لتقر لفلان بألف له على ، ولم يذكر (عنى) فإنه لا يكون مقرا على الأصح ، لأنه لم يصرح بأن الاقرار عنه .

أما إذا قال : وكلتك لتقر لفلان بألف ، ولم يقل : (عنى) ولا (على) فإنه لا يكون مقراً قطعاً .

اما احمد واصحابه فقالوا : التوكيل بالخصومة جائز ، وليس لوكيل الخصومة أن يقبض الحقوق المالية إلا إذا نص عليها فى عقد التوكيل . أما إذا لم ينص عليها فإن الخصومة لا تشمل القبض لا لغة ولا عرفاً ، لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض . أما الوكيل فى القبض فإن له الخصومة

لأنه قد لا يتوصل إليه إلا بهـا ففى التوكيـل بالقبض إذن عرفاً توكيـل بالخصومة .

اما أبو حنيفة واصحابه فقالوا : الوكالة فى الخصومة جائزة لا فرق بين أن يوكل واحداً أو أكثر ولكن هل تصح بدون رضا الخصـم أولا ؟ فبعضهم رجح قول الإمام وهو أن التوكيل فى الخصومة لا يجوز إلا برضا الخصم ، وبعضهم رجح قول صاحبيه ، وهو أن يجوز بدون رضا الخصـم سواء كان مدعيا أو مدعى عليه . وبعضهم فوض الأمر للقاضى ، وهو أنه إذا علم من الموكل التعنت والاضرار بالخصم بدون حق ، فلا يقبل التوكيل ، وإذا علم من أحد الخصمين التعنت فى عدم قبول التوكيل الذى يقصد منه بيان الحقيقة لا يصغى له ، وهذا حسن فى زماننا ، لأن كثيراً من الناس يعلم حق العلم أنه مبطل ، وأن قضيته خاسرة ، ولكن يحمله العناد والإغراق فى الخصومة على توكيل محام لا عمل له إلا الاضرار بالخصم بأن يحاول تأخير حقه ، أو حمله على نفقات ضـائعة نكاية به ، أو غير ذلك ، فلو أن الموكل الذى يظهر منه ذلك للقاضى لا يقبل منه إلا برضا خصمه يكون حسناً .

ومحل ذلك كله ما إذا كان القاضى غير محل للتهمة ، وإلا فالعمل برأى الصاحبين أولى وأنفع ، على أن أبا حنيفة أجاز التوكيل بالخصومة وإن لم يرض الخصم للضرورة كما إذا كان الموكل مريضاً لا يمكنه الحضور إلى مجلس القضاء بقدميه ، فإذا أمكنـه الحضور على ظهـر دابة فإنه يلزمه الحضور إن لم يترتب على ذلك زيادة مرضه وإلا فلا .

وكذا إذا عزم على سفر مدة السفر بحيث تقوم القرينة على أنه مسافرحقا، فإن لم يصدقه خصمه يحلفه القاضى بالله ، وكذا المخدرة وهى التى لا تبرز للرجال عادة ، فإن لهـا أن توكل بدون رضـا الخصـم ، وكذلك إذا كان لا يحسن الدعوى ، فإن له أن يوكل عنه رضى الخصم أو لم يرض ، وهذه الطريقة قد تجعل لمعظم العامة الحق فى التوكيل ، ولوكيل الخصومة أن يعزل نفسه متى شاء إذا كان متبرعاً ، ومثله وكيل القبض ، ووكيل البيع والشراء ، وغير ذلك إلا فى أمور ثلاثة ، فليس الوكيل أن يعزل نفسه فيها أو يعـزله موكله :

الأمر الأول : إذا وكله فى أن يسلم عيناً لشخص كأن قال له : أعط هذه الثياب أو الكتب أو الحيوانات لفلان ، ثم غاب الموكل عن البلدة فإنه يجب على الوكيل فى هذه الحالة أن يسلمها ، ولا يجوز له أن يعزل نفسه .

الأمر الثانى : أن يوكله على بيع الرهن كما إذا رهن عيناً فى نظير دين ، ووكل شخصاً على أن يبيع هذه العين لسداد الدين ، فإنه يجبر على بيعها ولا يصح له أن يعزل نفسه .

الأمر الثالث : أن يوكل شخصاً بالخصومة ، وهو غائب ليجيب عن الدعوى بناء على طلب المدعى ، فإنه يجب على الوكيل أن يباشر عمله . ولا يصح له عزل نفسه كما لا يصح لموكله أن يعزله ، لأن حق المدعى يضيع فى هذه الحالة حيث لا يجد أمامه من يقاضيه .

أما إذا كان المدعى عليه حاضراً فللموكل عزله ، لأنه يمكنه أن يطلب منه حقه وهو حاضر ، وكذا إذا لم يكن التوكيل بطلب المدعى عليه ، لأنه لا حق له فى الوكالة ، وسيأتى لذلك مزيد بيان فى عزل الوكيل هكذا أفاده الجزيرى فى الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٢٠٢ .

والوكيل بالخصومة ، والمطالبة بالحقوق ، لا يملك القبض على المفتى به ، بل لابد لقبض الدين ونحوه من الحقوق المالية من نص عليه فى التوكيل. فإذا وكله على قبض الدين ولم يوكله على الخصومة ، فإن ذلك أن يخاصم عنه ، لأن الخصومة طريق لأخذ الحقوق ، وكذلك لا يملك وكيل الخصومة الصلح ، ولا يملك وكيل الصلح الخصومة ، لأنها ضد الصلح الموكل عليه ، ووكيل الخصومة يملك الإقرار بخلاف غيره من الوكلاء فلا يملك الإقرار ، لا فرق فى ذلك بين وكيل القبض أو وكيل الصلح أو غيرهما ، وإنما يملك وكيل الخصومة الاقرار بشروط .

(الشرط الأول) : أن يقر فى مجلس القضاء ، فلو أقر خارجه لم يلزم الموكل .

(الشرط الثانى) : أن لا يكون فى حد أو قصاص ، فاذا أقر على موكله بشىء من ذلك فانه لا يعتبر إقراره .

(**الشرط الثالث**) : ألا ينص فى توكيل الخصومة على أن لا يكون الموكيل حق الإقرار ، فإذا نص على ذلك ، فإن الوكيل لا يملك الاقرار . وحاصل هذه المسألة أنه إذا قال له : وكلتك بالخصومة على أن لا يكون لك حق الإقرار عنى ، فإنه يصح ، فلو أقر عليه فى مجلس القضاء بعد ذلك ، فإنه يخرج من الوكالة ، فلا تسمع خصومته ، ويكون للوكيل فى هذه الحالة حق الانكار فقط ، فإذا استثنى الانكار فقط كان له حق الاقرار ، فإذا وكله بالخصومة ولم يتعرض لا لإقرار ولا إنكار ، فإنه يكون له حق الإقـرار والإنكار .

أما إذا وكله بالخصومة على ألا يكون له حق الاقرار ، ولا حق الانكار ففى صحة هذا التوكيل خلاف .

اما مالك واصحابه فقد قالوا : التوكيل فى الخصومة جائز بشروط :

(**أحدها**) : أن يكون وكيل الخصومة واحداً لا أكثر ، فلا يصح له أن يوكل أكثر من واحد إلا برضا الخصم .

(**ثانيها**) : أن لا يكون الوكيل عدواً للخصم ، فإن ثبتت عداوته له فإنه لا يصح توكيله ضده ، أما إذا لم تثبت عداوته له ، فإنه يصح توكيله بدون رضا الخصم .

(**ثالثها**) : لابد من تعيين الوكيل فى الخصومة فلا يصح أن يقول : وكلت كل من يخاصم عنى حتى لو كان شخصان شريكين فى حق عند واحد وقالا : من يحضر منا يخاصـم ضده ، فإنه لا ينفع لأنه يكون بمنزلة توكيل متعدد بدون تعيين الوكيل ، فلابد من تعيين من يخاصم منهما .

(**رابعها**) : أن لا يباشر الموكل نفسه الخصـومة أمام المحاكم ، فإذا باشرها بنفسه وحضر ثلاث جلسات فإنه لا يصح أن يوكل له بعد ذلك لما فى ذلك من تفاقم الشر واتساع الخصـومة ، وذلك منهى عنه فى نظر الشريعة السمحة ، نعم يصح له أن يوكل عنه لعذر من مرض أو سفر أو اعتكاف ،

وفى هذه الحالة عليه أن يحلف بأنه ما وكل عنه إلا لسبب من هذه الأسباب ، فإن امتنع عن الحلف فلا يصح له أن يوكل الا برضا خصمه ، ومن العذر أن يتشاتما ، أو يضيق الخصم عن احتمال خصمه ، فيحلف بالله أن لا يقف إلى جانبه فى الخصومة أما إذا حلف لغير سبب فإنه لا ينفع حلفه ، وليس لوكيل الخصومة عزل نفسه بعد أن يحضر ثلاث جلسات إلا لعذر ، بعد أن يحلف اليمين أنه ما عزل نفسه إلا لهذا العذر ، وكذلك ليس للموكل عزله ، أما قبل حضوره ثلاث جلسات فان له عزل نفسه ، وللموكل عزل موكله قبل ذلك ، فلخصمه أن يوكله إلا إذا أصبح عدوا للموكل الأول ، فإنه لا يصح .

وإذا خاصم الوكيل فى قضية ثم انتهت ، وأراد الدخول فى قضية أخرى ، فإنه يصح بشرط أن تكون الوكالة غير معينة ، ولم تطل مدة انقطاع الخصومة بين القضيتين ، فاذا طالت إلى ستة أشهر فإنه لا يصح .

أما إذا كانت الخصومة متصلة ولم تنقطع فللوكيل أن يتكلم عن موكله وإن طال المدى كثيراً .

ولا يملك وكيل الخصومة الخاصة الاقرار عن موكله الا اذا نص عليه فى عقد التوكيل ، فإن أقر بشىء لم يلزم الموكل ، ويكون الوكيل فى هذه الحالة كشاهد .

أما الوكيل وكالة مفوضة فإنه يملك الإقرار عن موكله ويشترط لنفاذ الاقرار على الموكل فى الحالتين شروط بحيث لا ينفذ من وكيل الخصومة المنصوص فيها عن أن له الإقرار ، ولا من الوكيل المفوض إلا إذا تحققت هذه الشروط :

الأول : أن يقر بشىء معقول يناسب الدعوى ، فلا يقر بشىء زائد عن المناسب .

الثانى : أن يقر بما هو من نوع الخصومة كأن يوكله فى دين فيقر بأنه قبض بعضه أو أبرأه عن بعضه ، أما إذا وكله بدين له عند خصمه فأقر له بأنه أتلف له وديعة عنده ونحو ذلك ، فإن الاقرار لا ينفذ .

الثالث : أن لا يقر لشخص بينه وبينه ما يوجب التهمة كصديقة أو قريبة أو نحو ذلك .

واذا قال الموكل لوكيله : أقر عنى بألف يكون ذلك إقراراً من الموكل ، فلا يحتاج إلى انشاء الوكيل اقراراً بها ، وليس للموكل بها ، وليس للموكل الرجوع بعد ذلك ، ولا عزل الوكيل عن الاقرار ويكون شاهداً عليه بها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكل فى البيع فى زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده ، لأن الاذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يؤثر البيع فى زمان لحاجة ، ولا يؤثر فى زمان قبله ولا زمان بعده ؛ وان وكله فى البيع فى مكان ــ فان كان الثمن فيه أكثر او النقد فيه أجود ــ لم يجز البيع فى غيره ، لأنه قد يؤثر البيع فى ذلك المكان لزيادة الثمن او جودة النقد ، فلا يجوز تفويت ذلك عليه ، وان كان الثمن فيه وفى غيره واحداً ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يملك البيع فى غيره ، لأن المقصود فيهما واحد ، فكان الاذن فى أحدهما اذناً فى الآخر .

(والثانى) لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على انه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته » .

الشرح الأحكام : قال الماوردى فى الحاوى : وقال أبو حنيفة : يجوز له أن يوكل لأمرين « أحدهما » أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه . « والثانى » أن المقصود بوكالته حصول العمل فى الحالين لموكله . وهذا خطأ من وجهين :

« أحدهما » أن فعل الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن من غير مجاوزة ، وليس فى التوكيل مجاوزة .

« والثانى » أن الموكل يسكن فى عمله إلى أمانة وكيله فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التى لا يجوز للمودع أن يودعها عند غيره ، لأن المالك لم يرض إلا بامانته . فأما استدلاله بأن هذا أقامه

مقام نفسه فلعمرى أنه كذلك فى فعل ما وكل فيه لا فى غيره ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء وإن كان للموكل أن يهب ويبرىء لأنه لم يأذن له فيه ، فكذلك فى التوكيل .

وأما الجواب عن قولهم بأن الغرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه به وارتضى أمانته ، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره فى عمله ، لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله لا بفعل غيره . كذلك ها هنا .

« قلت » ولكلام المصنف هنا دلالته على ما يترتب على مخالفة الإذن ومجاوزته من أحكام فمثلا إذا أذن الموكل للوكيل بالبيع فى زمان فباع قبله فترتب على بيعه قبله نقص ثمنه عن مثله فى الزمن المحدد لنقص فى السن أو الوزن أو الصفة كان ذلك من ضمان الوكيل . وكذلك إذا باعه بعد الزمان الذى أذن له فيه فترتب على ذلك ما ذكرنا كان من ضمانه .

وكذلك إذا أذن له فى مكان لمصلحة يراها الموكل لكثرة الطالبين للسلعة فى ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة منطوق الاذن ، فإذا كان الثمن فى كل هذه الأحوال التى خالف فيها متفقا مع الزمن المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شىء من الفائدة فهل يجوز للوكيل مخالفة الاذن ؟ فيه وجهان « أحدهما » يجوز له ذلك ، لأن المقصود فيها واحد « والثانى » لا يجوز ، لأن الموكل أعرف بما هو الأحظ له وعلى الوكيل الامتثال لأمر الموكل .

وقال الماوردى فى الحاوى : أن يكون الشرط الذى شرطه الموكل فى بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع ، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه ولا يتجاوزه إلا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة فصح البيع حينئذ على ما سنشرحه ولا تكون الزيادة مانعة من صحته. فأما إذنه فى بيعه على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كالهبة ، فعلى

هذا لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع ، ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه . ولو كان حيا وامتنع من ابتياعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد . وأما إذنه ببيعه فى زمان بعينه فلازم ، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده ؛ أما قبله فلأن وقت الأذن لم يأت ، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات وقد يكون للإنسان غرض صحيح فى استيفاء ملكه إلى زمان بعينه .

فأما إذنه فى مكان بعينه ــ فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الأسعار باختلاف الأماكن أو جودة النقود وهو شرط لازم ــ فلا يجوز للوكيل أن يبيعه فى غير ذلك المكان فإن فعل وسلمه فالبيع باطل وهو بالتسليم ضامن ، فان لم يكن فى ذلك المكان غرض صحيح ، ولا معنى مستفاد نظر فى صفة إذنه ، فإن كان قال : لا تبيعوا إلا فى مكان كذا أو فى سوق كذا لزم ، وكان بيع الوكيل فى غير ذلك المكان باطلا لصريح النهى عنه . وإن قال : بعه فى سوق كذا أو فى مكان كذا ، ولم يصرح بالنهى عما سواه ففى لزوم اشتراطه وجهان .

(أحدهما) إنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه فى غيره ، لأنه أملك بأحوال إذنه .

(والوجه الثانى) أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به ، والأول أشبه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكله فى البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره ، لانه قد يؤثر تمليكه دون غيره ، فلا يكون الاذن فى البيع منه اذنا فى البيع من غيره ، وان قال : خذ مالى من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته ، لانه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده ، ويرضى أن يكون عند ورثته ، فلا يكون الاذن فى الأخذ منه اذنا فى الأخذ من ورثته ، وان قال : خذ مالى على فلان فمات ، جاز أن يأخذ من ورثته ، لأنه قصد اخذ ماله ، وذلك يتناول الاخذ منه ، ومن ورثته ، وان وكل العدل فى بيع الرهن فاتلفه رجل ، فاخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة ، لأن الاذن لم يتناول بيع القيمة)) .

الشرح الأحكام : فأما إذنه على رجل بعينه فلازم ، لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردى فيما نقلناه فى الفصل قبله ، وأما إذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك فى استيفاء مالى (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، فإذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك فى استيفاء مالى من زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من زيد فى الأول متوجه إلى المال فجاز أن يستوفيه من ورثته والأمر باستيفائه من زيد فى الثانى متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه ، فلم يجز أن يستوفيه من غيره .

(فان قيل) فلو قال : اقبض حقى من زيد فوكل زيد إنساناً فى الدفع إليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله (قلنا) ان الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل إلى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن المورث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه .

فـــرع إذا وكل العدل لأمانته وصدقه فى بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل ، لأن الإذن لا يتضمن بيع القيمة ، وإنما كان قاصراً على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) وإن وكل فى بيع فاسد لم يملك الفاسد ، لأن الشرع لم يأذن فيه ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه)) .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الأثمان ، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتغابن

الناس بمثله على ما سيأتى تفصيله أو أعطاه دراهم ليسلم فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والثياب على ما مضى فى كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لأن الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل ، وما كان محظوراً على الوكيل لنفسه كان محظوراً عليه نيابة لغيره ، فإذا استبدل المبيع المحرم بمباح أو أبدل المسلم فيه بمجاز السلم فيه لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل فى ذلك ، لأن مقتضى الوكالة فى الإذن فى البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة فى الفاسد من جهة الشرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى بيع سلعة لم يملك بيعهـا من نفســه من غير اذن ، لأن العرف فى البيع ان يوجب لغيره فحمل الوكالة عليـه ، ولأن اذن الموكل يقتضى البيع ممن يســتقصى فى الثمن عليــه ، وفى البيــع من نفســه لا يستقصى فى الثمن ، فلم يدخل فى الاذن ، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه فيه وجهان :

(احدهما) يملك ، وهو قول ابى سعيد الاصطخرى ، لانه يجوز ان يبيع منه ماله ، فجاز له ان يبيع منه مال موكله كالأجنبى .

(والثانى) لا يجوز وهو قول ابى اسحاق ، لأنه متهم فى الميل اليهما كمـا يتهم فى الميل الى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما ، كما لا تقبل شـــهادته لنفسه ، فان اذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز كما يجوز ان يوكل المراة فى طلاقها .

(والثانى) : لا يجوز ، وهو المنصوص لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل ، والاسترخاص لنفسه فتمانعا ، ويخالف الطلاق ، فانه يصح بالزوج وحده ، فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده ، فلم يصح بمن يوكله ، وان وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه .

وان وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان .

(احدهما) لا يصح لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله احدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه .

(والثانى) يصح ، لأنه لا يتهم فى اقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبداً لرجل ليشترى له نفسه أو عبداً غيره من مولاه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، لأنه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاه جاز توكيله فى الشراء من مولاه .

(والثانى) لا يجوز، لأن يد العبد كيد المولى ، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده . ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك اذا وكل العبد)) .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيعها لا يجوز له أن يبيعها من نفسه ، فإن أذن له كان بيعاً ، فإن وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعا ولا عبرة بالوكالة ولأن العرف فى البيع وأيضاً أحكام الشريعة فى البيع تقوم على الإيجاب ، والإيجاب هو أن يوجب لغيره ، ولأن إذن البيع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الأحظ فى الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة ، فلو باع من نفسه فإنه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه ، ولم يدخل فى الإذن .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب فى العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم وأبى الطفل ، ولأنه لما كان الوكيل فى البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكا للموكل وجب أن يكون الوكيل فى الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعا للموكل .

(وأما الجواب) عن استدلالهم بالشفعة فمنتقض بولى اليتيم وأبى الطفل ، ثم المعنى فى الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد ، وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسيذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالا عنه .

(وأما الجواب) عن استدلالهم بأن تمام العقد لمتعاقدين فكذا موجبه من الملك يكون واقعاً بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأبى الطفل وبعقد النكاح ، وليس لهم استدلال فى المسألة يسلم من الكسر .

فـــرع قال فى الحاوى : قال المزنى : (أعلم للوكيل والوصى أن يشترى من نفسه) اعلم أن النيابة فى البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه (أحدها) من جهة النسب ، وهى الأب والجد على ابنه الطفل (والثانى) من جهة الحكم ، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه (والثالث) من جهة الوصية ، وهى وصاية الأب والجد وغيرهما على الطفل ممن تصح وصايته . (والرابع) من جهة الوكالة ، وهو الوكيل الرشيد ، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم بيعه ؟ ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه ؟ على أربعة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب مالك والأوزاعى أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشتروا من أنفسهم .

(والمذهب الثانى) وهو قول زفر بن الهذيل : أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم .

(والمذهب الثالث) وهو قول أبى حنيفة : أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده .

(والمذهب الرابع) وهو مذهب الشافعى : أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله .

واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم بأن المقصود فى البيع حصول الثمن وفى الشراء حصول المشترى . ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشراء بخلاف النكاح ، فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره لحصول المقصود فى الحالين ، وقياسا على الأب أى كل من جاز له بيعه على نفسه كالأب .

واستدل من منع جوازه لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره ، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستبين فإن باع نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه ، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز ،

وقياساً على الوكيل لأنه نائب فى العقد عن غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه .

واستدل من منع منه للوكيل وحده ، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الأمر فكان مأذونا له من غير ولاية فصار أنقص حالا من ذى الولاية . فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب ، ولم يجز لغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبى .

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه ، ما روى أن رجلا أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفسه ، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال : لا . وليس نعرف له مخالفاً فى الصحابة ولأن جبلة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه . ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل .

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الأب مجبول بحيوية الأبوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والإيثار على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم : « الولد مجبنة مبخلة مجهلة » فانتفت التهمة عنه فى مبايعة نفسه . وهذا المعنى مفقود فيمن عداه ، فصار هذا الحكم لاختصاصه بمعناه مقصوراً عليه منتفياً عما سواه . وهذا دليل وانفصال ، فلو وكل الابن البالغ أباه فى بيع سلعة . فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا ؟ على وجهين : (أحدهما) يجوز كما لو كان فى حجره تغليبا لحكم الأبوة (والثانى) لا يجوز ، لأن ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة .

فرع فأما الوصى والوكيل إذا أراد بيعها لمتولاه بالوصية والوكالة ، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه لا يجوز لأنه مقهور فى الميل إلى ولده كما كان مقهوراً فى الميل إلى نفسه . ولذلك لم يجز أن

يشهد لولده ، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بمال غيره ، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشترى من نفسه ، فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافى المقصود والغرض من الوكالة .

قال الماوردى : لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله ، وإذا كان هو المشترى انصرف منه إلى الاستقصاء لنفسه . وقال ابن سريج : يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها .

قال الماوردى : وهذا خطأ لما ذكرنا فى الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه :

(أحدها) فى البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان فصار بالميل إلى نفسه متهماً فيه ، وليس فى الطلاق والعتق لمن تصير بالميل إلى نفسها متهمة فيه (والثانى) أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات والبيع أضيق حكماً منهما (والثالث) أنه ليس فى الطلاق والعتق قبول معتبر فلم يجز أن يكون الباذل قابلا .

فأما إذا كان وكله رجل فى بيع سيارته ووكله آخر فى شراء السيارة الموكل فى بيعها لم يجز لتنافى المقصود فى العقدين وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين . فإن أراد أن يقيم على أسبقهما فى بيع أو شراء جاز ، وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما بيعاً كان أو شراء احتمل وجهين :

(أحدهما) لا يجوز لأن ثبوت الأول يمنع من جواز الثانية فلم يجز .

(والوجه الثانى) يجوز ، لأن الوكالة لا تلزم ، فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير ، وتبطل بقبول الثانية . ومثل ذلك يقال فى التوكل فى الخصومة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكل فى شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشترى معيبا لأن اطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب ، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد

بها عيباً ثبت له الرد ، فان اشترى معيباً نظرت ، فان اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل ، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه ، فلم يصح له ، وان اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل اما أن يرضى به أو لا يرضى ، فان لم يرض به نظرت ، فان علم الموكل ورضى به له يجز للوكيل رده ، لأن الرد لحقه وقد رضى به فسقط . وان لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأن ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه .

فان قال له البائع : أخر الرد حتى تشاور الموكل ، فان لم يرض قبلتــه لم يلزمه التأخير ، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره ، وان قبل منه واخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة .

(والثانى) لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب ، فان ادعى البائع ان الموكل علم بالعيب ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الرضا ، فان رضى الوكيل بالعيب سقط خياره ، فان حضر الموكل ورضى بالعيب اســـتقر العقد ، وان اختار الرد نظرت فان كان قد سماه الوكيل فى الابتياع او نواه وصدقه البائع جاز أن يرده ، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب ، وانمــا رضى وكيله فلا يسقط حقه من الرد ، وان لم يسمه الوكيل فى الابتيــاع ولا صدقه البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل ؛ لأنه ابتاع فى الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له . ومن أصحابنا من قال : يلزم الموكل ، لأن العقــد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل فى ترك الرد ، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب ، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه .

وفى الذى يرجع به وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع بما نقص من قيمتــه معيبا عن الثمن ، فان كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشىء ، وان كان الثمن مائة (وقيمة السلعة تسعون) رجع بعشرة ، كما نقول فى شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة ؛ فأخذت منه ووزن له المشترى الثمن ، ثم رجع الشهود عن الشهادة فان الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشـــهود بما نقص من القيمة عن الثمن ، فان كان الثمن والقيمة ســواء لم يرجع عليهم بشىء ، وان كانت القيمة مائة (والثمن تسعون) رجع بعشرة .

(والثانى) أنه يرجع بأرش العيب ، وهو الصحيح ؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش . وان وكل فى شراء سلعة بعينهـــا فاشتراها ووجد بها عيباً فهل له أن يرد من غير اذن الموكل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له أن يرد ، لأن البيع يقتضى السلامة من العيب ولم يسلم

من العيب فثبت له الرد كما لو وكل فى شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيبا فعلى هذا يكون حكمه فى الرد على ما ذكرناه فى السلعة الموصوفة .

(والثانى) لا يرد من غير اذن الموكل لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين)) .

الشرح قال المزنى رحمه الله تعالى : ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب . وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الآمر ، فهذا قول الشافعى ومعناه . ا هـ

قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء شىء فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثانى) أن يصفه ولا يعينه فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليما من العيوب لأن إطلاق الصفة يقتضيه ، ويجوز للعامل فى القراض أن يشترى السليم والمعيب ، والفرق بينهما أن يشترى الوكيل للقنية ، وليس فى المعيب صلاح للمقتنى ؛ وشراء العامل فى القراض طلباً للربح . وقد يوجد الربح فى المعيب كوجوده فى السليم .

فإن اشترى الوكيل شيئاً على الصفة وكان معيباً فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يشتريه عالماً بعيبه فالشراء غير لازم للموكل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضيه الإذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الإذن .

(والضرب الثانى) أن يشتريه غير عالم بعيبه فللوكيل إذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله ، لأن رد المعيب من حقوق عقده . فلو قال له البائع : قد أمهلتك فى رده فطالع موكلك بعيبه لم يلزمه المطالعة وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا ، فإن رده ثم جاء الموكل راضيا بعيبه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى .

ولو رضى بعيب قبل رد الوكيل لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد ، ولو رضى رب المال فى القراض بعيب المشترى كان للعامل أن يرده بخلاف الوكيل والفرق بينهما أن للعامل فى القراض شركا فى الربح . وليس للوكيل فيه شرك .

فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راضي بالعيب فلا يمين له على الوكيل ، فإن ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالعيب وكان عليه أن يحلف أنه ما علم برضى موكله بالعيب ، وله الرد واسترجاع الثمن . ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلفه بالله أيضاً ما رضى بعيب المشترى الذى ابتاعه موكله قبل رده ، فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن ، وهذا حكم الوكيل إذا رد بالعيب والله أعلم .

فأما إن رضى الوكيل بالعيب نظر فى الموكل ، فإن رضى بالعيب كان الشراء لازماً له ، وإن لم يرض بالعيب نظر فى عقد البائع فإن كان قد سمى موكله فيه فله الرد ، لأن مالك المشترى لا يلتزم عيباً لم يرض به ، وإن لم يسم الموكل فى عقده نظر فى البائع ، فإن صدق البائع أن عقد الشراء لموكله كان له الرد وإن لم يصدقه حلف له : ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه .

و فى كيفية رجوع الموكل به وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوى معيباً بمثل ما اشتراه فلا شىء له على الوكيل لعدم النقص فى الثمن استشهاداً بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر ، وأقام المدعى بينة بالبيع فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود ، فإن كان ثمن السيارة مائة فلا غرم على الشهود ، وإن كان أقل من مائة غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنها .

(والوجه الثانى) وهو قول جمهور أصحابنا : إنه يرجع على الوكيل بأرش العيب ، سواء كان يساوى قدر ثمنه معيباً أم لا . لأن العيب إذا فات معه الرد كان مقدراً بالأرش ، وإن لم يكن معتبراً بنقص الثمن ، وليس كالذى استشهد به من رجوع الشهود ، لأن غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم ، فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق بغرمه ، فهذا حكم التوكيل فى شراء سيارة موصوفة ، فأما إذا كانت السيارة معيبة فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يردها قبل استئذان موكله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها، لأنه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها، ولعله قد أمره بشرائهـا مع علمه بعيبها.

(والوجه الثانى) وهو قول أبى حامد الاسفراييني: له الرد من غير استئذان، لأن الرد من حقوق عقده، ولأنها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيبها. هذا وبما قلناه قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة فى مسألة الحلف على رضى الموكل: إنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائباً فى اليمين وليس بصحيح، فإنه لا نيابة ههنا، وإنما يحلف على نفى علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، وإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال: قد بلغنى العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه، لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن تقول: إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل، وإن رضى الوكيل المعيب أو أمسكه إمساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فإن صدقه البائع أن الشراء له فليس له رده، لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن. وبكل ما قلناه قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة: للوكيل شراء المعيب لأن التوكيل فى البيع مطلقاً يدخـل المعيب فى إطلاقه ولأنه أمينه فى الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب. ولنا أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب، فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيه الربح، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته، وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيته فلا يحصل المقصود، قال ابن قدامة: وقد ناقض أبو حنيفة أصله فإنه قال فى قوله تعالى: (فتحـرير رقبة) لا يجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل، وقال ههنا: يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوعى اليدين والرجلين!!.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) وان وكل فى بيـع عبـد او شراء عبد لم يجـز ان يعقـد على بعضه، لأن العرف فى بيع العبد وشرائه ان يعقد على جميعه، فحمل الوكالة

عليه ، ولأن فى تبعيضه اضراراً بالموكل فلم يملك من غير اذن . وان وكل فى شراء عبد أو بيع عبد جاز أن يعقد على واحد واحد ، لأن العرف فى العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً ، ولأنه لا ضرر فى افراد بعضهم عن بعض ، وان وكله أن يشترى له عشرة أعبد صفقه واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ، ففيه وجهان ، قال أبو العباس : يلزم الموكل ، لأنه اشتراهم صفقة واحدة ومن أصحابنا من قال : لا يلزم الموكل لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان .

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير اذن ، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بغير نقد البلد من غير اذن ، لأن اطلاق البيع يقتضى نقد البلد ، ولهذا لو قال : بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد ، وان كان فى البلد نقدان باع بالغالب منهما ، لأن نقد البلد هو الغالب ، فان استويا فى المعاملة باع بما هو أنفع للموكل لأنه مأمور بالنصح له ، ومن النصح أن يبيع بالأنفع ، فان استويا باع بما شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما وان أذن له فى العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر لأن الاذن فى جنس ليس باذن فى جنس آخر ، ولهذا لو أذن له فى شراء عبد لم يجز أن يشترى جارية ، ولو أذن له فى شراء حمار لم يجز أن يشترى فرساً)) .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيع الشىء جميعه لأنه لا يتجزأ ، أو يتجزأ ولكن الإذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة ، فليس له أن يبيع بعضه ، فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بسبعين ، فإن هذا البيع لا يلزم الموكل ، لأنه لا يأمن أن يبيع الباقى بثلاثين .

فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بمائة جاز ، لأنه زاد خيراً وأتى بالغرض للموكل من الحصول على المائة ، وزيادة ملكيته لنصف السيارة ، وليس عليه ضمير من هذه التجزئة . وكذلك توكيله فى بيع شيئين بمائة فباع أحدهما بمائة . وبهذا قال أحمد ومحمد وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيع بعض الموكل فيه بأى ثمن إذا كان التوكيل مطلقاً بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . أما الشراء فإذا وكله فى شراء طن من الورق فاشتراه رزمة رزمة ، فإذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز إذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزنا أو لونا أو ملمسا، وعند أحمد لا يصح لعدم **الإذن** .

والذى يدور عليه مفهوم الوكالة هو إذن الموكل أولا ، وتوخى الأنفع أو الأحظ له ثانياً ، ومراعاة أن يكون النقد الذى يبيع به نقداً محلياً ، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف ، فقد تتفق بعض النقود فى الأسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهة الإصدار ، والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل ، فقد تعقد الوكالة فى بلد والمراد بيعه فى بلد آخر فيكون البيع بنقد البلد الذى جرى فيه البيع ، وذلك لمعرفة أهل البلد بنقدهم ، وتقويمهم المبيع بنقدهم يمنع وقوعهم فى الغرر .

قال الماوردى : لما لم يصح من الوكيل أن يشترى بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياساً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات ، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهباً لم يبعه بالفضة ، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل بيعها بأحظها للموكل ، فإن استويا كان حينئذ مخيراً فى بيعه بأيهما شاء ، فإن باعه بكلا النقدين فإن كان فى عقدين صحا جميعها إذا كان مما يجوز تفريق الصفقة فى بيعه ، وإن كان فى عقد واحد فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز الجمع بين النقدين كما جاز إفراد كل واحد من النقدين .

(والثانى) لا يجوز ، لأن غالب البياعات يتناول جنساً واحداً من الأثمان فلم يجز أن يعدل إلى غالبها ، وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبداً ، فاشترى فى ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الألف ، فاذا ابتاع بألف فى الذمة فقد الزمه فى ذمته الفا لم يرض بالتزامها فلم يلزمه . وان قال : اشتر لى فى الذمة وانقد الألف فيه فابتاع بعينها ففيه وجهان :

(أحدهما) أن البيع باطل ؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف فعقد عقداً ينفسخ بتلف الألف ، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به .

(والثانى) انه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف ومع تلفهـا وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً ، وأن دفع اليه الفاً . وقال : اشتر عبداً ولم يقل بعينها ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع اليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها ، فعلى هذا اذا اشترى فى ذمته لم يصح الشراء .

(والثانى) انه لا يقتضى الشراء بعينها لأن الأمر مطلق ، فعلى هذا يجوز ان يشترى بعينها ، ويجوز أن يشترى فى الذمة وينقد الألف فيه)) .

الشرح الأحكام : إذا أذن له فى الشراء بالنقد فاشترى بالنسيئة ، فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يعين له الثمن الذى يشترى به ، فالشراء غير لازم للموكل لأنه إذا اشترى بغير العين كان مخالفاً ولزم الوكيل ، وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلا ، ولم يلزم الموكل ولا الوكيل ، وبهذا قال أحمد .

(والضرب الثانى) أن لا يعين له الذى يشترى به فهـذا على ضربين : (أحدهما) أن يشتريه نسئاً بما يساوى ثمنه نقداً أو بأقل من ثمن النساء ، فمذهبنا ومذهب أحمد أن الشراء لازم للموكل ، لأنه قد حصل له غرضه فى استصلاح مع تعجيل الثمن ، ومن أصحابنا من قال : الشراء غير لازم للموكل لمخالفته وبقاء الثمن فى ذمته ، وهو قول من زعم أن الوكيل فى بيع النسـاء لا يجوز بيعه نقداً .

(والثانى) أن يشتريه بما يساوى نسئاً وبأكثر مما يسـاوى نقـداً ، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فعل النساء . والشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله ، وإن ذكره فعلى وجهين .

(أحدهما) باطل (والثانى) لازم للوكيـل . أما إذا أذن له فى الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف مذهبنا وسائر أصحابنا سواء اشتراه بما يساوى نقداً أو نسيئاً لما فيه من التزامه التعجيل بما لم يأذن به .

وهكذا لو أذن له أن يشتريه إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل . ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان حكمه للوكيل حكمه فى النقد إذا اشترى بالنساء فيكون لازماً للموكل . قال الماوردى : وهذا على مذهب الشافعى رضى الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم .

فرع إذا دفع الموكل إلى وكيله مالا ليشترى له به سيارة ، فهذا على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يأمره أن يشترى بعين المال سيارة فوجب على الوكيل أن يشترى بعين مال موكله ، فإن اشتراه فى ذمته لم يلزم الموكل ، وكان الشراء لازماً للوكيل .

وقال أبو حنيفة : الوكيل بالخيار بين أن يشترى الشيء بعين المال وبين أن يشتريه فى ذمته ، وهو فى كلا الحالين لازم للموكل ، وبنى ذلك على أصله: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده ، قال الماوردى : وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عندنا فى العقود كما تتعين فى الغصوب . وقد دللنا على ذلك فى كتاب البيوع ، ولأن يد الوكيل كيد المودع ، ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين ، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله ، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب إذنه .

(والقسم الثانى) أن يأمره أن يشترى فى ذمته وينقد المال فى ثمنه ، فإن اشتراه فى الذمة صح وكان لازماً للموكل ، وإن اشتراه بعين المال ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على الطبرى ذكره فى إفصاحه أن الشراء جائز ، وهو للموكل لازم لأن العقد على المعين أحوط .

(والوجه الثانى) وهو اختيار أبى حامد الإسفراييني : أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للعين . فلا يلزم الموكل ، لأن الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضاً ، لأن العقد فى الذمة لا يبطل بتلف الثمن ، والعقد على العين

يبطل بتلف الثمن . فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل ، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيارة بثمن فى ذمته ثم نقد الثمن من عنده . برىء الوكيل والموكل منه ، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لأن أمره بنقد هذا المال فى الثمن يتضمن نهياً عن نقده من غيره .

(والقسم الثالث) أن يطلق الاذن فى الشراء عند دفع المال فيقول : خذ هذا المال فاشتر لى به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على الطبرى : إنه يقتضيه لأن تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه . فعلى هذا إن اشترى فى ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل .

(والوجه الثانى) وهو قول بعض البصريين : أنه لا يقتضى التعيين ، لأن الاطلاق على العموم ، فعلى هذا يكون الوكيل مخيراً بين العقد على العين أو فى الذمة ، ومذهب أحمد فى هذا كله كمذهبنا .

فإذا تقرر ما أوضحنا فصورة مسألة الكتاب فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشترى له به طعاماً فتسلف المال قرضاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاماً فالشراء غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن فى الشراء بعين المال أو فى الذمة .

وقال أبو حنيفة : الشراء للموكل سواء كان الإذن بالعين أوفى الذمة وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقائه ، فإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله ، فلو أن الوكيل لم يستهلك ولكن تعدى فيه تعديا صار له ضامناً فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) ينعزل عن الوكالة بالتعدى لأنه مؤتمن كالمودع الذى ينعزل بالتعدى عن الوديعة ، فعلى هذا يكون الشراء لازما للوكيل دون موكله .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى إنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدى مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه ، وإن كان مؤتمنا فعلى هذا يكون الشراء لازماً للموكل والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه ، ففى الثمن ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لان المبيع للموكل فكان الثمن عليه ، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه ، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل لأن أحدهما ضامن والآخر مضـمون عنه ، فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل ؛ وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل .

(والثانى) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه ، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل ، لأن الثمن عليـه ، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شىء عليه ، فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم باذنه ، وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه : انه اذا وزن رجع ، واذا لم يزن لم يرجع ، وان أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن .

(والثالث) ان الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع)) .

الشرح الأحكام إذا وكله فى الشراء ولم يدفع إليه الثمن فعلى من يكون الثمن ؟ فعندنا يكون فى الثمن ثلاثة أوجه ساقها المصنف بدليلها وقال أحمد وأصحابه : يثبت الثمن فى ذمة الموكل أصلا ، وفى ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل ، واذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء ، وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان أمانة فى يده ، وإن تلف فهو من ضمان الموكل ، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفاً فى كرحنطة ففعل ملك الموكل ثمنها ، والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم .

قال الماوردى : وهل يصير الثمن واجبا على الموكل بالعقد ؟ أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج .

(أحدهما) أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد ، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل ، فإذا أخذه من أحدهما برئا معا .

(والوجه الثانى) أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد ، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرده بالعقد ، فعلى هذا يطالب الوكيل وحده بالثمن دون الموكل .

وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه عنه أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج .

(أحدهما) أنه لا يستحق عليه إلا بعد أدائه عنه ، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل ، فصار الموكل مالكا للمبيع بغير بدل .

(والوجه الثانى) أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه ، وإن أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل ، ولو دفع بالثمن عرضا رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضا رجع على الموكل بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العرض ، فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا ، لأن البائع لم يبعه منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع ان يبيع بثمن مؤجل من غير اذن ، لأن الأصل فى البيع النقد ، وانما يدخل التاجيل لكساد او فساد ، فاذا اطلق حمل على الأصل ، فان اذن له فى بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع الى اجل اكثر منه ، لانه لم يرض بما زاد على القدر ، فبقى على الأصل فى المنع ، وان اطلق الأجل ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح التوكيل ، لأن الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح .

(والثانى) يصح ويحمل على العرف فى مثله ، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وان لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه ، لأنه مأمور بالنصح لموكله ، ومن اصحابنا من قال : يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق ، ومنهم من قال : يجوز الى سنة ، لأن الديون المؤجلة فى الشرع مقدرة بالسنة ، وهى الدية والجزية ، والصحيح هو الأول .

وقول القائل الثانى : ان اللفظ مطلق لا يصح ، لأن العرف يخصه ، ونصح الموكل يخصه .

وقول القائل الثالث : لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع ، وهذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف ، وان أذن له فى البيع الى أجل فباع بالنقد نظرت ، فان باع بدون ما يساوى نسيئة لم يصح لأن الاذن فى البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوى نسيئة فاذا باع بما دونه لم يصح ، وان باع نقداً بما يساوى نسيئة ، فان كان فى وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح ، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ، وان كان فى وقت مأمون ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأنه قد يكون له غرض فى كون الثمن فى ذمة ملىء فقوت عليه ذلك فلم يصح .

(والثانى) يصح ، لأنه زاده بالتعجيل خيرا ، وان وكله أن يشترى عبداً بالف فاشتراه بالف مؤجل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح الشراء للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وان لا يشترى الا بما معه .

(والثانى) أنه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيرا .

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يشترط الخيار للمشترى ولا للوكيل فى الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير اذن لأنه شرط لاحظ فيه للموكل ، فلا يجوز من غير اذن كالأجل ، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط .

(والثانى) يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار » .

الشرح الأحكام : إن بيعه بالثمن المؤجل من غير إذن موكله لا يجوز ، ودليلنا أن الأجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيكون سلما ؛ وتارة فى الثمن فيكون ديناً، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل فى الثمن فيجعله

ديناً ، وتحريره أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع إطلاق الإذن قياسا على تأجيل الثمن ، ولأن الأجل لما لم يلزم المالك فى عقده ، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل إلا بإذن صريح ، لأن إطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر .

(فأما الجواب) عن الاستدلال بأن إطلاق الإذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ فى القول بل الإطلاق فى الإذن يقتضى العرف بدليل أن إطلاق الإذن بالشراء لا يقتضى عموم الأشرية كذلك إطلاق الإذن بالبيع لا يقتضى عموم البيوع .

وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن المعهود يقتضيه ، وأما قياسه فى الأجل على خيار الثلاث فلأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان سيأتى بيانهما ، والقياس منخفض بالأجل فى الثمن ، ثم المعنى فى خيار الثلاث أنه لما ملكه الوكيل فى الشراء ملكه فى البيع ، ولأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان .

(أحدهما) لا يصح من الوكيل ، فعلى هذا سقط الدليل .

(والثانى) يصح منه والقياس عليه منتقض بالأجل فى الثمن ، فهذا حكم العقد مع إطلاق إذن الموكل ، وما يلزم من الشروط فى عقد التوكيل .

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل فى البيع مقيداً بشرط ، فإن كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول ، وهو كما يقول المصنف باطل على أحد الوجهين ، لأن الآجال تختلف فيكثر فيها الغرر ، وكالخيار أكثر من ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذى يبطل معه العقد على وجه من الوجوه ؛ فقد صار الموكل بها آذناً لوكيله بالبيع الفاسد ، فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذى أذن فيه الموكل كان فاسداً ، وإن رضى المالك بفساده ؛ فإذا أذن له فى الأجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا .

(والثانى) وهو وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة : يصح . ويحمل على العرف فى مثله ، لأن المطلق يحمل على المقيد نصاً أو عرفا ، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد فى البيع بأحظ وأنفع ما يقدر عليه لموكله ، لأنه مؤتمن له

ومن خصاله النصح له ، ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أى نحو ولو لم يتحر الأنفع لموكله .

ومنهم من قيد الإطلاق لأجل بسنة قمرية ، لأن الله تعالى جعل عدة الشهور اثنى عشر شهراً ، ولأن الجزية والدية والزكوات ديون شرعية فى ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنة القمرية ، فإذا أطلق الموكل حملنا إطلاقه على القيد الشرعى فى الديون الشرعية ، والقول الأول هو الذى جعله الماوردى فى الحاوى قولا واحداً للمذهب ولم يحك غيره ، أما المصنف رحمه الله فقد ساق الأقوال كلها ثم رجح الأول .

ثم إنه إذا خشى تلف المال أو سطو غاصب عليه أو كساده مما يلحق الضرر بموكله جاز له أن يبيع ولو لم يأذن له الموكل إذا لم يجد مشترياً نقداً . فإذا قدر الموكل له الأجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه .

فرع إذا باع نقداً ما هو مأذون فيه بأجل نظرت فإن تساوى ثمن المبيع نقداً مع ما قدره الموكل للثمن نسئاً ، فعلى وجهين :

(أحدهما) يصح ، لأنه زاد خيراً بتعجيل الثمن .

(والثانى) لا يصح لأنه قد يكون له غرض فى جعل الثمن فى ذمة ملىء كأنه وديعة فى صورة دين ففوت عليه هذا القصد فلم يصح .

فرع لا يجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشترى ولا لوكيله ، كما لا يجوز له أن يقبل شرط الخيار من غير إذن موكله فى البيع أو فى الشراء ، وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه قيد المطلق بشرط ليس مأذوناً فيه .

(والوجه الثانى) إذا رأى أن هذا الشرط أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فإنه يصح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز للوكيــل فى البيع أن يبيع بدون ثمن المثــل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن ، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن ، لأنه منهى عن الاضرار بالموكل مأمـور بالنصح له وفى النقصان عن ثمن المثل فى البيع والزيادة على ثمن المثل فى الشراء اضرار ، وترك النصح ، ولأن العرف فى البيع ثمن المثل ، فحمل اطلاق الاذن عليه ، فأن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثـل لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل ، ولا نصح ولا نظر للموكل فى ترك الزيادة .

وان باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد فى حال الخيار ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه فسخ البيع ، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك .

(والثانى) يلزمه الفسخ وهو الصحيح ، لأن حال الخيار كحال العقد . ولو حضر فى حال العقد من يزيد وجب البيع منه ، فكذلك اذا حضر فى حال الخيار وقول القائل الأول : انه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك لا يصح ، لأن الظاهر انه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك ، وان باع بنقصـان يتغابن الناس بمثله ، بأن باع ما يساوى عشرة بتسعة صح البيع . وان اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوى عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل ، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه » .

الشرح الأحكام : ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدره له ، ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفـة ، إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأى ثمن كان ، لأن لفظه فى الإذن مطلق فيجب حمـله على اطلاقه .

ولنا أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء ، فإنه وافق عليه ، وما ذكره ينتقض بالشراء بمثله أو باع بدون ما قـدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له فى البيع والشراء . وبهذا قال أحمد فى إحدى الروايتين عنه (والثانية) أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص ، لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفى قدره وجهان .

(أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به .

(والثانى) ما بين ما يتغابن الناس به ومالا يتغابن الناس به لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه ، والأول أقيس ، لأنه لم يؤذن للوكيل فى هذا البيع فأشبه بيع الأجنبى ، ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء ، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبى . أما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه ممنوعة إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن ، لأن ما يتغابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه ، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل ، لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله وهو مأمور بالنصح والنظر للموكل ، حيث لا نصح ولا نظر ولاحظ فى ترك الزيادة .

وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد على أحد الوجهين وهو الوجه الصحيح عند أحمد وأصحابه ويلزمه الفسخ على الوجه الصحيح عندنا .

قال أصحاب أحمد : لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك .

ولنا أن حال الخيار كحال العقد فلو حضر فى حالة العقد من يزيد وجب البيع منه فكذلك إذا حضر فى حال الخيار ولأنها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع والنهى يتوجه إلى الذى زاد لا إلى الوكيل فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه . وقول القائل الأول : إنه لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك ، لا يصح أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بان ابتاع ما يساوى عشرة باثنى عشر فان كان بعين مال الموكل بطل الشراء ، لانه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه ، وان كان فى الذمة لزم الوكيل لانه اشترى فى الذمة بغير اذن فوقع الملك له . وان باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوى عشرة بثمانية لم يصح البيع لانه بيع غير ماذون فيه ، فان كان المبيع باقياً رد . وان كان تالفاً وجب ضمانه .

وللموكل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه ، فان اختار تضمين المشترى ضمن جميع القيمة ، وهو عشرة ، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل ، وان اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة ، لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله.

(والثانى) يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز ، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشترى تمام القيمة وهو درهم .

(والثالث) يضمنه درهماً لأنه لم يفرط الا بدرهم ، فلا يضمن غيره ويضمن المشترى تمام القيمة وهو تسعة ؛ وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشترى ، وما يضمنه المشترى لا يرجع به على الوكيل ، لأن المبيع تلف فى يده فاستقر الضمان عليه .

وان قدر الثمن فقال : بع بألف درهم ، لم يجز أن يبيع بما دونها ، لأن الاذن فى الألف ليس باذن فيما دونها وان باع بألفين نظرت ، فان كان قد عين من يبيع منه لم يجز ؛ لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وان لم يعين من يبيع منه جاز . لأن الاذن فى الألف اذن فيما زاد من جهة العرف . لأن من رضى بألف رضى بألفين .

وان قال : بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجز أن يبيع بما زاد ، لأنه صرح بالنهى فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته . وان قال : بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة ، فصار كما لو باع بألفى درهم .

(والثانى) أنه لا يصح ، لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب ، وذلك خلاف ما يقتضيه الاذن ، فان الاذن يقتضى البيع بالنقد ، فعلى هذا هل يبطل العقد فى الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة)) .

الشرح سبق الكلام على من وكل فى شراء شيء فاشترى بما يتغابن الناس بمثله صح التوكيل ولزم الموكل العقد أما إذا اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله فإن كان بعين مال الموكل بطل كشراء لوقوعه موقعاً لم يأذن فيه الموكل ، وإن كان فى الذمة لزم الوكيل العقد لأنه اشترى فى الذمة بغير إذن موكله ، ومتى اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمة ، لأنه اشترى له ما لم يؤذن له فى شرائه أشبه ما لو اشتراه فى الذمة .

فـــرع إذا دفع إليه دراهم وقال : اشتر لى بهذه سيارة كان له أن يشتريها بعينها أو فى الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين ، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وإن قال : اشتر بعينها فاشتراه فى ذمتــه ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقــد بتلفه أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمن فى ذمته ، وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكل ؟ وجهان .

وقال الماوردى : للموكل فيما أذن له ببيعه حالتــان حالة إطلاق وحالة تقييد . فأما حالة الإطلاق فهو آمر يأذن لوكيله فى البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط ، أو على صفة ، فعلى الوكيل فى بيعه ثلاثة شروط :

(أحدها) أن يبيعه بغالب نقد البلد ، فإن عدل إلى غيره لم يجز .

(والشرط الثانى) أن يبيعه بثمن مثله ، فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل قال أبو حنيفة : كان بيعه نافذاً استدلالا بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع ، وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل ، كالمطلق من عموم الكتاب والسنة ، فلما كان اسم البيع ينطبق على المبيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس به وعلى المؤجل . وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه كما لو باعه بنقد البلد ، وبثمن المثل وبالمعجل ، ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالبيع بنقد البلد واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث وهذا كله خطأ ، والدليل على ما قلنا على الشرط الأول وهو أن بيعه بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب ألا يسمح بغير نقد البلد قياســاً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات .

والدليل على الشرط الثانى ، وهو أن بيعه بما لا يتغابن النــاس بمثــله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة فوجب ألا يصح بأكثر من ثمن المثل قياساً على الشراء ، ولأن من لم يملك الهبة فى مال لم يملك المحاباة فيه

كالوصى والعبد المأذون له فى التجارة ، ولأن المحاباة كالهبة لاعتبارها من الثلث ، فلما لم يصح من الوكيل فى البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه .

وتحريره أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلا كالهبة ، فإذا ما ذكرنا هذا وأن المثل معتبر وأن البيع بما لا يتغابن الناس بمثله فالاعتبار بالغبن عرف الناس فى مثل المبيع وليس له حد مقدر .

وقال مالك : حد الغبن فى البيوع الثلث فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير » .

وقال أبو حنيفة : حد الغبن من العشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب فى زكوات الزروع والثمار .

قال الماوردى فى الحاوى : وكلا المذهبين فاسد ، لأن عرف الناس فيما يكون غبناً كثيراً يختلف باختلاف الأجناس ، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبناً كثيراً وهو الحنطة والشعير والذهب والورق . ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً كالرقيق والجوهر ، فلم يجز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه فى عرفهم ووجب الرجوع فيه إليهم .

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان بيعه باطلا ولا ضمان عليه مالم يسلم المبيع ، فإن سلمه كان ضامناً ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً ، فإن هلك فى يد المشترى كان كل واحد من الوكيل والمشترى ضامناً . أما المشترى فضامن بجميع القيمة ، لأنه فائض عن عقد بيع فاسد . وأما الوكيل ففى قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعى فى كتاب الرهن الصغير (أحدهما) أنه يضمن جميع القيمة (والثانى) أنه يضمن ما غبن به من قدر المحاباة ، لأن به فسد العقد ولزم الضمان .

والدليل على الشرط الثالث وأن بيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الأجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيصير سلماً وتارة فى الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل فى الثمن لم يجز أن يدخل الأجل فى المثمن على ما مضى آنفاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

((وان وكله فى بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز ، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف ، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف ، فان باع نصفه بما دون الألف لم يصح ، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقى بتمام الألف ، وان وكله فى بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح ، لأنه قد لا يشترى الباقى بما بقى من الألف ، وان باع أحد الثلاثة بألف جاز ، لأن من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بألف .

وهل له أن يبيع الآخرين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف .

(والثانى) أنه يجوز لأنه له فى بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن . وان وكله فى شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . لأن من رضى أن يشترى عبداً بمائة رضى أن يشتريه بخمسين ، وان قال : اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشترى بمائة ، لأنه مأذون فيه ، ولا يشترى بخمسين لأنه منهى عنه ، ويجوز أن يشترى بما بين الخمسين والمائة ، لأنه لما أذن فى الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها ، ثم خرج الخمسون بالنهى ، وبقى فيما زاد على ما دل عليه المأمور به .

وهل يجوز أن يشترى بأقل من الخمسين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى الا فيما أخرجه النهى .

(والثانى) لا يجوز لأنه نهى عن الخمسين دل على ان ما دونها أولى بالمنع . وان قال : اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل .

وقال ابو العباس : يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل مازاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة ، والمذهب الأول ، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل . كما لو قال : اشتر لى عبداً فاشتراه بأكثر من ثمن المثل ، ولأنه لو قال : بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة الا عشرة لم يصح ، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة ، فكذلك اذا قال : اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة . لم يلزم الموكل ، ثم يضمن الوكيل مازاد على المائة .

وان وكله فى شراء عبد بمائة فاشترى عبداً بمائتين وهو يساوى المائتين ، لم يلزم الموكل لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين ، وان دفع اليه ديناراً وامره ان يشترى شاة فاشترى شاتين ، فان لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم

الموكل لأنه لا يطلب بدينار مالا يساوى ديناراً ، وان كان كل واحدة منهمـــا تساوى ديناراً نظرت ، فان اشترى فى الذمة ففيه قولان :

(احدهما) ان الجميع للموكل ، لأن النبى ﷺ « دفع الى عروة البارقى ديناراً ليشترى له شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وأتى النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار فدعا له بالبركة » ولأن الاذن فى شاة بدينار اذن فى شاتين بدينار ، لأن من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار .

(والثانى) أن للموكل شاة لأنه أذن فيه ، والأخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل . فان قلنا : ان الجميع للموكل فباع احداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين :

(أحدهما) انه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير اذنه فلم يصح .

(والثانى) انه يصح لحديث عروة البارقى ، والمذهب الأول ، والحديث يتأول .

وان قلنا : ان للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار ، وان اشترى الشاتين بعين الدينار ، فان قلنا فيما اشترى فى الذمة : ان الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل ، وان قلنا : ان احداهما للوكيل والأخرى للموكل صح الابتياع للموكل فى احداهما ويبطل فى الأخرى ، لأنه لا يجوز ان يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل » .

الشرح حديث عروة البارقى أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى من حديث عروة وفى إسناده سعيد بن زيد أخو حماد ومختلف فيه عن أبى لبيد لمازة بن زبار وقد قيل : إنه مجهول ، لكن وثقه ابن سـعد وقال حرب : سمعت أحمد أثنى عليه وقال المنذرى والنووى : اسناده حسن صحيح لأنه لمجيئه من وجهين وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينـة عن شبيب بن غرقدة سمعت الحى يحدثون عن عـروة به ورواه الشـافعى عن ابن عيينة وقال : إن صح قلت به ، وقال فى البويطى : إن صح حديث عروة فكل من باع أو أعتق ثم رضى فالبيع والعتق جائز ونقل المزنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى : إنما ضعفه لأن الحى غير معروفين ، وقال فى موضع آخر : هو مرسل لأن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة إنما سمعه من الحى ، وقال الخطابى : هو غير متصل لأن الحى حدثوه عن عروة ، وقال الرافعى فى التذنيب : هو مرسل . قلت : والصواب أنه متصل فى إسـناده

مبهم ، وروى أبو داود من طريق شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام نحوه قال البيهقى : ضعيف من أجل هذا الشيخ ، وقال الخطابى : هو غير متصل لأن فيه مجهولا لا يدرى من هو ؟

اما احكام الفصل فإن وكله فى بيع بقرة بمائة فباع نصفها بها أو وكله مطلقاً فباع نصفها بثمن الجميع جاز ، لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، فإن من رضى مائة ثمناً للكل رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره ، وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون فى بيعه فأشبه مالو باع العبد كله بمثلى ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه ، لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفها فربما لا يؤثر بيع باقيها للغنى عن بيعها بما حصل له من ثمن نصفها ، وهكذا القول فى توكيله فى بيع بقرتين بمائة إذا باع إحداهما بها صح ، وهل يكون له بيع الأخرى ، على وجهين ، فأما إن وكله فى بيع سيارته بألف فباع بعضها بأقل منها لم يصح ، وإن وكله مطلقاً فباع بعضها بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال أحمد ومحمد وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء .

دليلنا على أن على الموكل ضرراً فى تبعيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله فى شراء دار فاشترى نصف دار .

فرع وإن وكله فى شراء سيارة بعينها بمائة فاشتراها بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . وإن قال : لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز لأنه خالف نصه .

فرع قال الماوردى رحمه الله تعالى :

وأما المختص بقدر الثمن وصورته أن يقول : بع بمائة درهم ، فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط ، فإن فعل كان البيع باطلا ، ولو باعه بأكثر

من مائة درهم كان البيع جائزاً لحصول المائة التى أرادها ، والزيادة عليها زيادة حظ له ، إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه ، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة ، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره ؛ لأنه لما نص على القدر صار مسامحاً له بالزيادة عليه ، فلو باع نصف العبد بمائة درهم صح البيع ، لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التى أرادها أحظ ، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة .

فلو وكله ببيع عبيد فباع كل عبد فى عقد ، فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز ، لأن العادة فى بيع العبيد جارية بإفرادهم فى العقود . ولو ذكر له قدر الثمن فقال : بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم . فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لأنه قد لا يشترى العبدان الآخران بما بقى من تكملة الألف .

وإن باع أول صفقة بأكثر من ألف درهم جاز . وهل يجوز بيع الاثنين الآخرين بعد حصول الألف ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يجوز لأن مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه ، فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيما سواها .

(والوجه الثانى) أنه يجوز له بيع من بقى منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم . ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم مانعاً من بيع باقيهم . كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف ، ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف ، ويكون عن بيع باقيه بالزيادة على الألف .

فأما العدد من الثياب إذا وكله فى بيعها وأمكن أن يبتاع صفقة وتفاريق، فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لموكله فى بيع جميعها صفقة أو أفراداً كل واحد منها بعقد ، فإن عدل عن أحظهما لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به .

(قلت) وكلام المصنف فى المهذب يفيد أن البيع يصح وينفذ فى كل حالة

نقص فيها الثمن عن القدر الذى أذن فيه وضمنه الوكيل ــ أعنى ضمن الفرق الذى ينقص عن القدر المأذون فيه ــ كأن أذن له فى البيع بمائة فباع بتسعين ، كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة ، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذى حدده بكماله . وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل .

ومثل ما ذكر فى البيع يكون فى الشراء فلو أمره أن يشترى شاة بعشرة فاشتراها بأحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة ، وهذا هو تخريج أبى العباس بن سريج رحمه الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا اشترى الوكيل ما اذن فيه الموكل انتقل الملك الى الموكل لان العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه ، وان اشترى ما لم يأذن فيه ، فان كان قد اشتراه بعين مال الموكل ، فالعقد باطل ، لانه عقد على مال لم يؤذن فى العقد عليه ، فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه ، وان اشتراه بثمن فى الذمة نظرت ، فان لم يذكر الموكل فى العقد لزمه ما اشترى لانه اشترى لغيره فى الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة ، وان ذكر الموكل فى العقد ففيه وجهان :

(احدهما) ان العقد باطل ، لانه عقد على انه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل .

(والثانى) انه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه ، وهو قول ابى اسحاق ، وهو الصحيح ، لانه اشترى فى الذمة ولم يصح فى حق الموكل فانعقد فى حقه كما لو لم يذكر الموكل» .

الشرح (الأحكام) قال المزنى رحمه الله تعالى : لو دفع إليه مالا اشترى به طعاماً فيسلفه ثم اشترى له بمثله طعاماً فهو ضامن للمال والطعام لأنه خرج من وكالته بالتعدى واشترى بغير ما أمره به .

اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليكون الجواب فى المسألة مبنياً عليها ، وهو أن الرجل إذا وكل رجلا فى ابتياع متاع له فلا يخلو ماله من أحد أمرين إما أن يدفع إليه ثمنه أم لا فإن

لم يدفع الثمن إليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن فى ذمته ناويا به أنه لموكله فيكون بالعقد واقعاً للموكل دون الوكيل .

وجملة هذا أنه إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل ، وبهذا قال أحمد بن حنبل .

وقال أبوحنيفة : يقع الملك بالعقد للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل استدلالا بأن ما ملكه الإنسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ، ثم انتقل عنه إلى متملكه كالشفعة يقع الملك إلى المشترى ثم ينتقل عنه إلى الشفيع ولأن الوكيل يلزمه الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده ، لأن الثمن فى مقابلة المثمن ، ولأنه لما كان شروط العقد والافتراق مبتدأ بالعاقدين اقتضى أن يكون موجبه الملك واقعاً للعاقدين .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ولأن كل من ناب فى العقد عن غيره وقع الملك به للعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم والأب والوصى ، وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ، ويتفرع من هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء ، وقال أبو حنيفة : يصح ويقع للذمى ، لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم .

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم . وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن لأنه بمنزلة المبيع وبكل ما قلنا قال أحمد وأصحابه .

(فروع) فى مذاهب العلماء فى الوكالة بالبيع والشراء

مذهبنا أن يتعلق بالبيع والشراء أمور أتينا عليها فى الفصول آنفاً نجملها فيما يلى :

(أولا) إذا وكله على أن يشترى له شيئاً فعليه أن يبين صنفه ، فإذا قال له : وكلتك على شراء فرس فيجب أن يقول : فرس عربية صنفها كذا وكذا أو وكله على أن يشترى له سيارة كان عليه أن يذكر طرازها وسنة هذا الطراز واسم مصنعها أو الاسم التجارى والرقم المميز لها ، واذا قال له : وكلتك على شراء دار فيجب أن يبين جهتها كأن يقول : فى بلد كذا فى حارة كذا أو فى شارع كذا ما لم يكن الغرض من الشراء التجارة ، فإنه لا يشترط بيان النوع ، لأن المقصود أن يشترى له ما فيه ربح فى أى جهة كان ، وعلى أى صفة وجد ، فيكفى أن يقول له : اشتر ما فيه ربح .

(ثانياً) إذا وكله على شراء شىء معين فيجب على الوكيل أن يتبع ما أمره به موكله ، فإذا قال : اشتر لى ناقة فلان بثمن كذا ، فانه يتعين ، ولا يجوز للوكيل الخروج عنه ، وإذا وكله على أن يبيع له سلعة بثمن مؤجل إلى أجل معين كشهر وشهرين فإنه يصح ، وعلى الوكيل أن يتبع ما أمره به موكله ، فإن خالف ذلك بأن باع بثمن حال أو بأجل أنقص من الأجل الذى عينه له موكله ، فإنه يصح بشرطين :

(الأول) أن لا ينهاه الموكل عن البيع الحال ، أو يكون فيه ضرر على الموكل كنقص فى الثمن .

(الثانى) أن لا يعين له المشترى فان عينه كأن قال له : بع لفلان بثمن مؤجل ، فإنه لا يصح أن يخالفه ، أما إذا قال له : بع بثمن مؤجل ، ولم يحدد الأجل ، فإنه يحمل على الأجل المتعارف فى بيع هذه السلعة ، فإن لم يكن فيه عرف بين الناس ، فعلى الوكيل أن يتبع ما فيه مصلحة موكله .

(ثالثاً) إذا قال له : وكلتك على أن تبيع هذه السلعة بما شئت أو بما تراه فإن له أن يبيعها بغير نقد البلد ، وليس له أن يبيع بغبن فاحش أو بثمن مؤجل .

وإذا قال له : بعها بكم شئت ، فإن له أن يبيعها بغبن فاحش وليس له أن يبيع بثمن مؤجل أو بغير نقد البلد ، وذلك لأن (كم) للعدد فيشمل القليل والكثير ، فهو قد أذن له فى أن يبيع بأى ثمن ، وليس فيه تصريح له بالبيع إلى أجل أو بغير نقد البلد .

وإذا قال له : بعها كيف شئت ، فله أن يبيعها بثمن مؤجل ، وليس له بيعها بغبن فاحش أو بغير نقد البلد ، وذلك لأن كيف للحال فيشمل الثمن الحال والمؤجل ، فهو المصرح به لا بالغبن ولا بمخالفة نقد البلد .

(رابعا) إذا وكله وكالة مطلقة فليس له أن يبيع أو يشترى إلا بثلاثة شروط :

(الشرط الأول) أن لا يتعاقد بثمن فيه مصلحة الموكل ، فلا يبيع السلعة إلا بثمن المثل أو أكثر ، ولا يشترى إلا بثمن المثل أو أقل فإذا غبن فى بيعه أو شرائه غبناً فاحشاً فإنه لا يصح .

والغبن الفاحش هو ما لا يغتفر بحسب العرف ، أما الغبن اليسير وهو ما يقع كثيراً بين الناس ، فإنه لا يضر ، وإذا باع بثمن المثل ووجد لها راغب بثمن أزيد فإذا كان فرق الثمن كثيراً بحيث يقع الغبن الفاحش ـ فإنه يجب أن يبيع السلعة للراغب إذا كان فى زمن الخيار ، فأن لم يفعل انفسخ العقد الأول .

(الشرط الثانى) أن يبيع بثمن حال لا مؤجل ، فإذا باع بثمن مؤجل فإن البيع لا يصح .

(الشرط الثالث) أن يبيع بنقد البلد الذى فيه عقد البيع ، فلا يصح البيع بنقد البلد فى البلدان الأخرى التى لها نقد خاص بها ، ما لم يأذن له

الموكل ، أو كان فيه الحظ للموكل بأن كان نقد غير البلد نقداً مرغوباً فيه ، ويسميه الناس بالعملة الصعبة لقوة مركزة ومتانة عرضه فى الأسواق ، وندرة الخسارة فيه لثباته أمام العملات الأخرى ، كالدولار والريال والدرهم والدينار والجنيه الاسترلينى أمام الجنيه المصرى والسوداني والليرة اللبنانية أو السورية وهكذا .

(خامساً) لا يصح أن يبيع سلعة موكله لنفسه أو لابنه الصغير أو السفيه أو المجنون وذلك لأن عقد البيع يجب أن يكون بين اثنين أحدهما موجب كأن يقول : بعت كذا ، والآخر قابل ، وهو الذى يقول : قبلت ـ وهذا الشخص واحد ـ لأنه إما أن يبيع لنفسه أو يبيع لمن هو ولى عنه ، وهذا لا يصح . نعم إذا حدد الموكل الثمن ووكل عن ابنه الصغير أو المجنون أو السفيه من يقبل عنه البيع ورضى موكله الأصلى بذلك فإن البيع يصح .

أما البيع لولده الكبير الرشيد البالغ ولأبيه وان علا ، فإنه يصح فى الأصح ـ وبعضهم يقول : لا يصح لوجود التهمة ، فإن صرح الموكل بالبيع لهما فإنه يصح بلا خلاف والله ولى التوفيق .

وأما عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فان الأمور التى تتعلق بالوكالة فى البيع والشراء نلخصها من فقه المذاهب الأربعة للشيخ الجزيرى ومن رد المختار على الدر المختار للشيخ ابن عابدين :

(أولا) إذا وكله على شراء شىء أو بيعه فلابد أن يكون هذا الشىء معلوماً ولو بوجه ، حتى يتمكن الوكيل من تنفيذ أمر الموكل ، فإن كان مجهولا جهالة تامة فإن التوكيل يكون باطلا ، إلا إذا كانت الوكالة عامة .

وبيان ذلك أن الوكالة على البيع والشراء إما أن تكون عامة أو خاصة ، والموكل فى شرائه أو بيعه إما أن يكون معلوماً أو يكون مجهولا جهالة تامة . قال فى الدر المختار :

وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح ، وإن لم يسم ثمناً ، وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى الموكل ثمنا أو نوعاً ، والا لا يصح ، وألحق بجهالة

الجنس وهى ما لو وكله بشراء ثوب أو دابة لا يصح ، وان سمى ثمناً للجهالة الفاحشة وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع فى عرفنا على المعتاد المهيأ للأكل من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام كلحم مطبوخ أو مشوى ــ وبه قالت الثلاثة ، يعنى أصحاب أبى حنيفة : القاضى أبا يوسف ومحمد بن الحسن وزفر ــ وبه يفتى . وفى الوصية بطعام يدخل كل مطعوم ، وللوكيل الرد بالعيب مادام المبيع فى يده لتعلق الحقوق به ، ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته ، فإن لم يكونا فلموكله ذلك اهـ .

قلنا فى الجهالة إما أن يكون مجهولا جهالة تامة ، وإما أن يكون مجهولا جهالة يسيرة ، فإذا كانت الوكالة عامة ــ كما إذا قال ــ (وكلتك على أن تشترى لى ما رأيت) أو (أن تبيع لى ما أردت) فإنه يصح أن يشترى له ما يشاء أو يبيع من ماله ما يشاء بدون تعيين .

أما إذا كانت الوكالة خاصة ، والجهالة فاحشة ، فإن الوكالة لا تصح ، وذلك كما قال له : اشتر لى ثوباً أو دابة ، فالثوب والدابة مجهولان جهالة تامة ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بجهالة الجنس ، وهو أن يذكر شيئاً يشمل أجناساً ولم يبين واحداً منها (كالدابة والثوب) فإذا قال له : وكلتك على أن تشترى لى دابة لا يصح ، لأن الدابة فى اللغة اسم لكل ما يدب على الأرض من حيوان وإنسان ، وقد خصها العرف بالخيل والبغال والحمير ، وعلى كل حال فهى تشمل أجناساً كثيرة ، فإذا حملت على المعنى العرفى كانت شاملة للخيل والبغال والحمير ، فالجنس الذى يريد شراءه مجهول ، اذ يحتمل أنه يريد الخيل أو البغال أو الحمير ــ وليس المراد الجنس المنطقى ، وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة ــ بل المراد ما يكون تحته أصناف ، فالخيل مثلا جنس عند الفقهاء ، لأن تحتها أصنافاً كثيرة ، منها عربى ومنها استرالى ومنها خيل مضمرة إلى غير ذلك من أصناف الخيل ، وكذا البغال والحمير فإنها أجناس تشمل أصنافاً كثيرة .

ومثل الدابة الثوب ، فإن فيه جهالة الجنس ، لأن الثوب يشمل أجناساً مختلفة كل جنس تحته أصناف كثيرة ، فهو يشمل : القماش والحرير والصوف

والكتان ، والقماش يشمل : المدارسى والمقصورة والشـاش الاسـلامبولى والهندى إلى غير ذلك ، والحرير يشمل القطنى والألج والحرير الهنـدى ، وغير ذلك . ومثل ذلك الصوف والكتان ، فكلها أجناس عند الفقهاء لأن تحتها أصنافاً كثيرة فإذا لم يبين الجنس الذى يريده الموكل كانت الوكالة باطلة حتى لو ذكر الثمن .

أما اذا كانت الجهالة يسيرة فإن الوكالة تصح ، وذلك كما اذا قال له : وكلتك على أن تشترى لى حماراً أو فرساً فإن الوكالة تصح ، لأنه ــ وإن لم يكن فيه بيان شاف ــ ولكن جهالته غير فاحشة ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بجهالة النوع ، وهو أن يذكر عبارة تشمل أصنافاً كثيرة لم يبين واحد منها ، فالمراد بالنوع الصنف ، فإذا قال له : وكلتك على شراء فرس فقد وكله على شراء صنف مجهول ، لأن الفرس يشمل أصنافاً كثيرة ، كما ذكرنا آنفاً ، فعدم تعيين واحد منها فيه جهالة للنوع ــ أى الصنف ــ ولكن هذه الجهالة يسيرة، وذلك لأن الوكيل قادر على تحصيل غرض الموكل ، وذلك بأن ينظر إلى حاله ويشترى ما يليق به .

وهناك قسم آخر وهو الجهالة المتوسطة ، وذلك كما إذا قال له : اشتر لى داراً بثمن كذا فإنه ــ وإن لم يبين الجهة التى يشترى فيها ، ولا عدد حجرها مثلا ، ولكن ذكر الثمن يجعلها ملحقة بالمجهول جهالة يسيرة .

أما إذا لم يذكر ثمناً ولا صفة كانت ملحقة بجهالة الجنس ، وبعضهم يقول : إن ذكر الثمن لا يجعل جهالتها يسيرة ، بل لابد من ذكر الجهة ، لأنه يترتب عليها اختلاف كثير فى الثمن والرغبة .

والحاصل أن جهالة الشىء الموكل على بيعه أو شرائه تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، جهالة الجنس ، وجهالة النوع ، والجهالة المتوسطة .

وقد عرفت تعريف كل واحدة منها مع أمثلته ، فإذا ذكر الموكل لفظاً بين به جنس الموكل عليه ونوعه وصفته فإن الوكالة تصح قطعاً بلا نزاع وذلك كأن يقول : وكلتك على شراء فرس أدهم استرالى أو نحو ذلك .

أما إذا ذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فلم يبين جنسه فلا يصح التوكيل قطعاً ، وذلك كأن يقول : وكلتك على شراء ثوب حتى ولو ذكر الثمن .

أما إذا ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة ولم يبين النوع الذى يريده ، كما إذا ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة تختلف باختلاف أحوال الناس فتارة تكون مجهولة يسيرة ــ كالدار ــ فإنها تدل على دور متعددة ، لأنها تشمل الدار الكبيرة والصغيرة والمبنية بالحجر ، والمبنية بالآجر وغيره ، والموجود فى بلدة كذا أو جهة كذا ، أو شارع كذا . إلى غير ذلك . فإذا كان فى قرية ولا تختلف دورها كثيراً فى بنائها واتساعها وموقعها فإن الجهالة تكون يسيرة وتلحق بجهالة النوع ، إلا أنه لابد فيها من ذكر الثمن كأن يقول : وكلتك على شراء دار بكذا .

(ثانياً) إذا اشترى الوكيل لوكيله سلعة ثم ظهر بها عيب ولم يردها الوكيل إلى صاحبها كان ملزماً بها إلا اذا قبلها الموكل على عيبها .

واذا هلكت فى يد الوكيل قبل أن يلزمه الموكل بها هلكت على الموكل ، وهل للموكل أن يرد السلعة قبل أن يستلمها من الوكيل ؟

الجواب : ليس له ذلك ، لأن ردها من حقوق الوكيل مادامت فى يده . فإذا مات ينتقل إلى وارثه ، فاذا لم يكن له وارث انتقل حق الرد إلى الموكل . أما إذا استلم الموكل السلعة فقد أصبح هو صاحب الحق فى ردها بالعيب ، لأن الوكالة تنتهى بتسليم السلعة ، وليس للوكيل حينئذ ردها إلا اذا أمره موكله بذلك فإنه يصح .

وإذا وكله على أن يبيع له سلعة ، وظهر للمشترى أن بها عيباً فان للمشترى أن يردها على الوكيل ، إلا إذا سلبت عن الوكيل أهلية التصرف كأن جن أو حجر عليه ، فإنها ترد فى هذه الحالة على الموكل .

(ثالثاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة ولم يعطه ثمناً فاشتراها الوكيل له من ماله ودفع ثمنها ، فان للوكيل حبس السلعة هذه ، وعدم تسليمها

للموكل إلا إذا دفع ثمنها ، فإن له حبسها بطريق الأولى ، وذلك لأنه فى حالة دفع الثمن قد يتوهم أنه متبرع بالثمن لموكله فلا يصح له حبس السلعة عنه ، أما فى حالة عدم الدفع فلا يتوهم التبرع .

وإذا هلكت السلعة فى يد الوكيل قبل أن يحبسها عن موكله فانها تهلك من مال الموكل فعليه أن يدفع ثمنها .

ومثل ذلك ما إذا دفع الموكل له ثمن السلعة ليشتريها له فضاع منه الثمن فانه يضيع على الموكل لا على الوكيل . نعم إذا اشترى الوكيل سلعة ثم أعطاه الموكل ثمنها ليدفعه إلى البائع ، ففقد منه الثمن قبل أن يعطيه للبائع ، فإن الوكيل يكون ملزماً به ، وكذلك إذا هلكت السلعة فى يد الوكيل بعد حبسها عن الموكل فإنها تهلك على الوكيل ، وليس له أن يطالب الموكل بثمنها سواء كانت قيمة السلعة متساوية مع ثمنها أولا .

وبعضهم يقول : إن السلعة تكون فى هذه الحالة كالمرهون ، فإن هلكت فإنها تهلك بالأقل ثمن ثمنها وقيمتها ، بمعنى أنها تقوم وقت هلاكها ـــ فإن كانت قيمتها تساوى ثمنها ، بأن كان ثمنها عشرة ، ولم ينقص عن ذلك ، ولم يزد عند هلاكها ـــ فالأمر ظاهر .

أما إذا زادت قيمتها عن ثمنها خمسة ، كانت الخمسة حقا للموكل ، فيطالب بها الوكيل ، وإن نقصت خمسة ، كانت حقا للوكيل فيرجع بها على الموكل ، مثلا إذا وكله بشراء بعير فاشتراه له بخمسة عشر ، ولم يدفع الموكل الثمن ، ولم يرض الوكيل باعطائه البعير قبل دفع الثمن ثم نفق البعير بعد ذلك فى يد الوكيل ففى هذه المسألة رأيان :

(الرأى الأول) أن البعير هلك بثمنه على الوكيل ، فلا يطالب الموكل بشىء ، سواء زادت قيمته أو نقصت .

(الرأى الثانى) أنه ينظر إلى ثمن البعير وقيمته عند هلاكه ، فإن كانت القيمة تساوى الثمن فالأمر ظاهر ، أما إذا نقصت قيمته عن ثمنه بحيث أصبح

يساوى عشرة ، فإن الوكيل يحسب عليه عشرة فقط ، ويرجع على الموكل بالخمسة .

أما إذا كانت قيمته وقت هلاكه قد ارتفعت إلى عشرين فإنه يهلك بخمسة عشر ويرجع الموكل على الوكيل بالخمسة التى زادت .

(رابعا) إذا اشترى الوكيل السلعة بثمن معجل ثم أجله له البائع بعد الشراء فإن للوكيل الحق فى مطالبة الموكل بالثمن حالا .

أما إذا اشتراها بثمن مؤجل من أول الأمر فليس له مطالبة الموكل بالثمن حالا .

(خامساً) إذا أراد شخص أن يتعاقد مع آخر فى سلم فإنه يصح له أن يوكل عنه من يدفع للمسلم إليه (البائع) رأس مال السلم ، أما المسلم فإنه لا يجوز له أن يوكل عنه غيره فى قبض رأس مال السلم ، وذلك لأنه بمجرد أن يقبض الوكيل رأس المال ، فإنه يصير المسلم فيه فى ذمته ، فيكون مسئولا عنه مع أن الثمن يعطى للمسلم إليه . ولا يجوز الإنسان ماله بشرط أن الثمن لغيره وبذلك يكون التوكيل باطلا ، ويكون الوكيل هو المتعاقد ــ المسلم إليه ــ فيكون رأس المال مملوكاً له والمسلم فيه ديناً فى ذمته فإذا أعطى رأس المال إلى من وكله كان قرضاً فى ذمته .

وفى الصورة الأولى الجائزة وهى ما إذا وكل رب السلم شخصاً ليدفع عنه رأس مال السلم فانه لا يصح للوكيل أن يفارق المسلم إليه قبل أن يدفع له رأس المال ، فإذا فارقه بطل العقد .

وإذا كان الموكل حاضراً وفارق المجلس قبل القبض ، هل يبطل العقد أولا ؟ رأيان . فبعضهم يقول : إن الوكيل نائب فاذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب . وبعضهم يقول : إن الوكيل وإن كان نائباً فى أصل العقد ولكنه أصيل فى التصرف فى الحقوق فلا عبرة بحضور الموكل ولا بمفارقته مادام الوكيل حاضراً .

ومثل السلم الصرف ، فإنه يجوز لكل من العاقدين أن يوكل عنه من يستلم العين التي يتبادلانها بشرط أن لا يفارق الوكيل صاحبه قبل العقد .

(سادساً) إذا وكله على أن يشترى له شيئاً بعينه كفرس فلان أو ثوره أو غير ذلك ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يشترى ذلك الشيء لنفسه عندغيبة موكله .

أما إذا كان موكله حاضراً ، فإن له أن يشتريه لنفسه ، لأن له أن يعزل نفسه عن التوكيل رأساً بحضرة موكله ويكون حراً . أما إذا كان موكله غائباً فإنه لا يجوز له عزل نفسه ، فلا يصح أن يشترى لنفسه ما أمره موكله بشرائه له ، وإلا كان مغرراً لموكله وذلك لا يجوز .

نعم إذا قال له : اشتر لى كذا بعشرين فاشتراه لنفسه بخمسة وعشرين ، أو قال له اشتره لى بورق فاشتراه بذهب فإنه يجوز لأن فى مخالفة الموكل عزلا ضمنيا للوكيل .

ومثل ذلك ما إذا وكله على أن يزوجه امرأة بعينها ، فإن للوكيل أن يزوجها لنفسه ، وذلك لأن النكاح لابد من إضافته إلى الموكل ، فإذا أضافه لنفسه فقد عزل نفسه لمخالفته مقتضى التوكيل .

وإذا وكله على أن يشترى شيئاً غير معين كأن قال له : اشتر لى ما رأيت فهذه تحتمل ثلاث صور :

الصورة الأولى : أن ينسب الثمن إلى مال أحدهما ، وفى هذه الحالة تكون السلعة لصاحب المال سواء كان الوكيل أو الموكل .

الصورة الثانية : أن لا ينسب الثمن إلى أحد ، وفى هذه الحالة ينظر إلى نية المشترى ــ الوكيل ــ فإن نوى أن تكون السلعة للموكل كانت للموكل ، وإن نواها لنفسه كانت للوكيل ، وإن اختلفا فى النية فقال الوكيل : إننى نويت شراءها لنفسى ، وقال الموكل عكس ذلك ، فإن الحكم فى ذلك الخلاف يكون للمال ، فإن كان من طرف الوكيل كانت السلعة له ، وإن كان من طرف الموكل كانت له .

الصورة الثالثة : أن لا ينسب الثمن إلى مال أحد كالصورة الثانية ولكن الوكيل لم ينو عند الشراء أن تكون السلعة له أو للموكل ووافقه الموكل على ذلك ، وفى هذه الحالة رأيان :

الرأى الأول : أن تكون السلعة للمشتري ـ الوكيل ـ مطلقاً سواء دفع ثمنها من ماله أو من مال الموكل .

الرأى الثانى : أن تكون للذى دفع الثمن من ماله .

(سابعا) إذا ادعى أنه اشترى لموكله حيواناً كفرس فهذه المسألة تحتمل صوراً :

الصورة الأولى : أن يكون مأموراً بشراء ذلك الحيوان بعينه ، والحيوان حى لم يحدث فيه عيب ، وفى هذه الحالة يكون القول للوكيل سواء أخذ ثمنه أولا بعد أن يحلف ، وذلك لأنه أخبر عن شىء يملك فعله فى أى وقت مادام وكيلا .

الصورة الثانية : أن يكون الحيوان قد هلك أو حدث به عيب ، وهذه تحتمل وجهين :

(الوجه الأول) أن يكون الوكيل قد فقد الثمن ، وعلى هذا يكون القول قوله أيضاً مع يمينه .

(الوجه الثانى) أن لا يكون قد فقد الثمن وفى هذه الحالة يكون القول للموكل مع يمينه .

الصورة الثالثة : أن يكون مأموراً بشراء حيوان غير معين والثمن غير منقود ، وفى هذه الحالة يكون القول للموكل ، لما فيها من وجه التهمة للوكيل ، فإنه يحتمل أن يكون قد اشتراه لنفسه ، فلما رأى الصفقة خاسرة قال : إنه اشتراه للموكل .

(ثامناً) إذا قال شخص لآخر : بعنى هذا الثور لفلان ، فباعه إياه ثم

أنكر المشترى أن فلاناً أمره بالشراء ، فلا يعول على إنكاره ، لأنه أقر بأن الشراء لفلان ، الا اذا قال فلان : انه لم يأمره بالشراء حقيقة .

(تاسعاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعتين معينتين ولم يسم ثمناً فاشترى له إحداهما بقدر قيمته أو بزيادة يسيرة يتغابن الناس بمثلها عادة فإنه يصح ، أما إذا اشتراها بزيادة فاحشة ، فإنه لا يصح ، وذلك لأن الوكيل على شراء شيء لا يجوز له أن يشترى بغبن فاحش .

وإذا وكله على شراء شيئين متساويين فى الثمن كأن قال له : اشتر لى إردبين من القمح بعشرين جنيها ، فاشترى له اردباً واحداً بعشرة جنيهات وزيادة عليه ، فإن الزيادة لا تلزم الموكل إلا إذا اشترى الإردب الثانى بما بقى معه .

(عاشراً) إذا وكله على بيع سلعة معينة فخالفه — فإن كانت المخالفة فى خير — فإنها تنفذ ، كما إذا قال له : بع هذا الفرس بمائتى جنيه فباعها بمائتين وخمسين بشرط أن يبيع بالنقد لا بشيك ولا بكمبيالة مؤجلة فانه لا يصح ، ولو كانت فيه مصلحة للموكل .

(الحادى عشر) لا يجوز للوكيل أن يبيع السلعة الموكل على بيعها لنفسه أو لمن له عليه ولاية بسبب الحجر لصغر أو جنون أو سفه أو لمن لا تقبل شهادته له كابنه الكبير وأبيه ، فهؤلاء الأنواع الثلاثة لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله لهم ، كما لا يجوز أن يشترى له سلعة منهم لتهمة المحاباة فضلا عن أن البيع والشراء من نفسه أو ممن له عليه ولاية يستلزم أن يكون البائع والمشترى واحداً . والمعروف أن عقد البيع لا يكون إلا بين اثنين ، فإذا أذنه الموكل أن يبيع لمن لا تقبل له شهادته فإنه يصح أن يبيع لهم أو يشترى منهم بثمن المثل، كما يجوز له أن يبيع لهم بأزيد ويشترى منهم بأنقص بلا خلاف .

فإن باع أو اشترى منهم بغبن فاحش فإنه لا يصح قولا واحداً . وفى الغبن اليسير خلاف (١) .

---

(١) والغبن الفاحش عند الحنفية هو الذى لا يتغابن الناس فيه عادة ، أى لا يخدع بعضهم فيه بعضا ، وقدره بعضهم فى عروض التجارة بما زاد على نصف العشر أى على ٥ ٪ وفى الحيوان بما زاد على العشر أى زيادة على ١٠ ٪ وفى العقار بما زاد على الخمس اى على ٢٠ ٪ فذلك هو الغبن الفاحش وماعداه فهو يسير .

أما إذا أذن له الموكل بأن يبيع لنفسه أو لابنه الصغير ففيه رأيان :

(أحدهما) أنه لا يجوز ، لأن العاقد فى هذه الحالة يكون واحداً .

(ثانيهما) أنه يجوز (ويظهر أن الذى يقول بعدم الجواز لعلة كون العاقد واحداً لا يمنع أن يبيع الوكيل السلعة لأجنبى ثم يشتريها منه ثانياً ، لأنه فى هذه الحالة يكون البائع غير المشترى) .

(الثانى عشر) يجوز للوكيل أن يبيع السلعة الموكل على بيعها بيعاً مطلقاً بالقليل والكثير ، فلا يسأل عن الغبن سواء كان فاحشاً أو يسيراً عند أبى حنيفة . أما صاحباه القاضى أبو يوسف ومحمد بن الحسن فيقولان : إنه لا يجوز أن يبيع بغير ثمن المثل ، وقد رجح بعضهم قول أبى حنيفة وبعضهم قول صاحبيه وعليه الفتوى .

أما إذا وكله على أن يشترى له سلعة فإنه لا يجوز للوكيل أن يشتريها بأكثر من ثمن المثل بحسب العرف والعادة بالاجماع ، فإذا اشترى على خلاف العادة ، والمعروف ، أو اشترى بغير نقد أى بشيك نفد شراؤه على نفسه ، وكان ملزماً بالثمن الذى أخذه من مال موكله .

واعلم أنهم قسموا الذين يتصرفون فى البيع والشراء إلى أقسام :

(القسم الأول) الأب والجد والوصى إذا باعوا أو اشتروا من مال القاصر أو المحجور عليه ، وهؤلاء ليس لهم إلا أن يبيعوا أو يشتروا بحسب العرف والعادة ، ويغتفر لهم الغبن اليسير .

(القسم الثانى) الوكيل بالبيع المطلق والمضارب وشريكا العنان ، وهؤلاء يجوز لهم أن يبيعوا كما يحبون وينفذ تصرفهم ولو غبنوا غبناً فاحشاً عند أبى حنيفة ، أما صاحباه فقد عرفت رأيهم فى ذلك آنفاً وقد عرفت أن شراء هؤلاء لا ينفذ إلا إذا كان بحسب العرف والعادة باتفاق .

(الثالث) المريض مرض الموت إذا كان عليه دين يستغرق جميع ماله ، وهذا إذا باع منه شيئاً فإنه يجب أن يكون بحسب العرف والعادة ، ولا ينفذ

تصرفه إذا غبن فيه سواء كان الغبن فاحشاً أو يسيراً ، والمشترى بالخيار اما أن يرد السلعة أو يكمل ما نقص من ثمنها ، فان مات وترك وصيا وباع وصيه المال لسداد دينه فانه يعفى فى بيع الوصى عن الغبن اليسير فى هذه الحالة .

أما إذا باع الوصي لمن لا تقبل له شهادته وحاباه ولو يسيراً فانه لا يصح .

(القسم الرابع) الوصى : وهو لا يجوز له أن يبيع مال اليتيم أو يشتريه لنفسه إلا إذا كان فيه خير لليتيم ، وتقدر الخيرية بزيادة الثلث ، فيجوز له أن يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر ، ويبيع له ما يساوى خمسة عشر بعشرة والا فلا .

(القسم الخامس) المكاتب والعبد المأذون له فى التجارة ، وهذان لهما أن يبيعا ويشتريا على خلاف العرف والعادة عند أبى حنيفة ، فلو باعا ما يساوى عشرة بواحد فانه يصح ، أما صاحباه فيقولان : إنه لا يجوز أن يبيعا على خلاف المعروف .

(الثالث عشر) إذا وكله على أن يبيع له سلعة يتجر فيها فباعها بثمن مؤجل فانه يصح ، أما إذا وكله على أن يبيع له سلعة يحتاج الى ثمنها ، كما اذا وكله على أن يبيع له اردبا من القمح ليدفعه فى الخراج المطلوب منه فوراً فانه لا يصح أن يبيعه بثمن مؤجل ، وكذا فى كل سلعة قامت القرينة على الاحتياج الى ثمنها ، على أنه يشترط فى البيع بثمن مؤجل ألا تطول مدة الأجل طولا يخالف العادة فى مثل ذلك ، والا لم ينفذ بيعه .

اما مذهب المالكية فقد قالوا :

(أولا) اذا وكل شخص آخر على أن يبيع له سلعة معينة ولم يصرح فى التوكيل بأنه وكله فى قبض ثمن المبيع ــ فان كان العرف والعادة فى مثل ذلك أن الوكيل لا يقبض الثمن ــ فانه لا يصح له قبضه ، واذا دفعه له المشترى فان ذمته لا تبرأ بذلك الدفع ، وللموكل أن يطالب المشترى بالثمن .

أما اذا كانت العادة جارية على أن الوكيل الذى يتولى البيع يتولى قبض

الثمن أيضاً فانه يكفى أن يثبت أنه وكيل على بيع السلعة فقط ، ومتى ثبت ذلك فان عليه أن يقبض الثمن ، ولو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه .

أما إذا لم تجر العادة بقبض الثمن ولا بعدمه فان على الوكيل قبض الثمن أيضاً لأنه وإن لم ينص عليه فى التوكيل ، لكن قبض الثمن من توابع البيع . وهذا كله إذا وكله على أن يشترى له سلعة معينة كما قلنا . أما إذا وكله على بيع السلع فان له قبض الثمن والمطالبة به على أى حال . وإذا وكله على أن يشترى له سلعة فاشتراها ، ولكن الوكيل اشترط على البائع أنه غير ملزم بدفع الثمن ، بل الذى يدفع هو الموكل ، فان الوكيل فى هذه الحالة لا يصح له قبض السلعة التى اشتراها لموكله .

أما إذا اشترى السلعة ولم يشترط براءة ذمته مع دفع الثمن ، فان عليه أن يقبض السلعة ، ويكون هو الملزم بدفع الثمن .

(ثانياً) إذا وكل شخص آخر وكالة غير مفوضة على أن يشترى له سلعة غير معينة ــ كأن قال : اشتر لى بعيراً فاشتراه له ثم وجد به عيباً لم يعلم به الوكيل حال شرائه ــ فإنه يجب على الوكيل أن يردها لصاحبه بذلك العيب ، سواء كان من العيوب الخفية أو من العيوب الظاهرة .

أما إذا كان عالماً به حال الشراء ، فليس له رده ويكون ملزماً به دون الموكل ، إلا إذا رضى الموكل به ، فاذا عين الموكل السلعة كأن قال له : اشتر لى بعير فلان ، فاشتراه ثم وجد به عيباً ، فليس له رده ، وعليه أن يخبر موكله بذلك العيب ، فإن شاء رده ، وإن شاء قبله فاذا كان الوكيل مفوضاً له رد السلعة ــ ولو عينها الموكل ــ فيجوز له الرد ، ويجوز له القبول .

وإن كان العيب قليلا يغتفر مثله عادة ، وكان فى الشراء فائدة للموكل ، كما إذا اشترى له ناقة مقطوعة الذنب ، ولكن رخيصة ، فليس له الخيار .

(ثالثاً) اذا وكله وكالة غير مفوضة على أن يبيع له سلعة فباعها لآخر ثم ظهر بها عيب فإن المشترى يرجع على الوكيل ما لم يعلم المشترى بأنه وكيل أو يحلف له أنه وكيل ، وفى هذه الحالة يرجع المشترى على الموكل .

أما إذا كان وكيلا مفوضاً فإن للمشترى أن يرجع عليه أو على الموكل ، سواء علم بأنه وكيل مفوض أو وكيل فقط أو لم يعلم .

(رابعاً) إذا وكله على شراء سلعة فإنه يجب عليه أن يشترى له سلعة لائقة به ، فإذا قال له : اشتر لى جبة من الجوخ وجب عليه أن يشتريها من الصنف اللائق بحاله ما لم يعين له الثمن ، كأن يقول له : اشتر لى جبة بسعر كذا ، فاذا عين فبعضهم يقول : يشترى له بالسعر ، وإن لم يكن لائقاً به ، وبعضهم يقول : لابد من شراء اللائق به .

(خامساً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة فلا يخلو ، إما أن يعين له الثمن الذى يبيع به أو لا يعين ، فاذا عين له الثمن فباع بأقل منه ، فإن للموكل الخيار فى إمضاء هذا البيع ورده ، فإذا أمضى البيع أخذ الثمن الذى باع به ، وإذا رده أخذ سلعته ان كانت قائمة .

أما إذا فاتت ، فان الوكيل يكون ملزماً بدفع نقص الثمن الذى سماه ، ولا فرق فى هذه الحالة بين أن يكون فرق الثمن يسيراً أو كثيراً .

أما إذا لم يعين له الثمن الذى يبيع به فباع بأقل من ثمن المثل — فإن كان فرق الثمن يسيراً يمكن وقوعه عادة ، بأن كان يساوى نصف العشر فأقل — فإن البيع ينفذ وليس للموكل الخيار .

أما إذا كان الفرق أكثر من نصف العشر فللموكل الخيار بين رد البيع وإمضائه على الوجه المتقدم .

(سادساً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة — فلا يخلو إما أن يعين له الثمن الذى يشترى به أو لا يعين — فاذا لم يعين له الثمن كانت هذه الصورة كصورة ما إذا وكله بالبيع ، وهو أنه إذا اشترى بزيادة عن ثمن المثل — فان كانت الزيادة يسيرة — فلا خيار له ، وان كانت كثيرة كان له الخيار .

أما إذا عين الثمن الذى يشترى به — فان له أن يشترى بزيادة يسيرة فى هذه الحالة بخلاف حالة البيع — فاذا وكله على أن يشترى له فرساً بمائتى

جنيه مثلا فاشتراها بزيادة عشرة جنيهات ، فليس للموكل الخيار فى قبولها أو ردها ، لأن العشرة الجنيهات هى نصف عشر المائتين .

أما إذا اشتراها بزيادة عشرين جنيها مثلا ، فإن له الخيار فى إمضاء الشراء ورده ، ومعنى رده فى هذه الصورة أن الوكيل يكون ملزماً به ما لم يكن مشترطاً الخيار .

ويشترط فى إمضاء الشراء أن يكون قد اشترى سلماً ــ فإن كان الوكيل قد دفع نقداً على أن يأخذ بها قمحاً بعد شهرين مثلا ــ فليس للموكل أن يرضى بذلك فى حالة المخالفة ، بل عليه أن يرفض .

وذلك لأنه بمجرد مخالفة الوكيل أصبح الثمن ديناً فى ذمته ، فإذا أجاز الموكل هذا الشراءفقد برأه من الدين فى مقابلة المسلم فيه الذى لم يقبضه ، وهو دين ، فيلزم من ذلك فسخ الدين فى الدين وهو باطل ، على أنه يلزم فى هذه الصورة بيع الطعام قبل قبضه أيضاً وذلك لأن القمح يلزم الوكيل بمجرد المخالفة ، فاذا رضى الموكل بذلك فيكون الوكيل قد باعه إياه قبل قبضه ، وهو باطل أيضاً .

(سابعاً) إذا وكله على أن يشترى له من سوق معينة وفى زمان معين فخالفه ، واشترى من غير ما عينه له ــ فإن كانت أسعار السلع تتفاوت بالنسبة للأسواق أو الأزمنة ــ كان للموكل الخيار فى القبول والرد ، وإن كانت لا تتفاوت فلا خيار له .

(ثامناً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة ربوية بمثلها ــ كما اذا قال له : بع هذا القمح بفول ، فخالفه فى ذلك وباعه بأرز مثلا ــ كان للموكل الخيار فى اجازته ورده بشرطين :

(الشرط الأول) أن يكون المشترى جاهلا بمخالفة الوكيل ، لما أمره به موكله ــ فإن كان عالماً بهذه المخالفة ــ فسد العقد ابتداء ، وذلك لأنه يكون قد أقدم على شراء شىء وهو عالم بأنه يجوز أن يتم له أو لا يتم ،

وهذا مفسد للبيع فى الأمور الربوية ، لأنه يكون داخلا على الخيار فى الأمور الربوية ، وهو مبطل ، ولهذا يقال : إنكم أجزتم للموكل الخيار فى إجازة البيع ورده إذا خالف الوكيل فى بيع ربوى أو شرائه .

والجواب : أن هذا الخيار ليس مشترطاً فى الأصل ، بل هو خيار حكمى جر إليه الحكم وهو المخالفة . أما الذى يبطل فهو الخيار الذى ثبت بالشرط من أول الأمر ، كأن يشترط الخيار أو يكون عالماً به كما فى الصورة الأولى .

هذا والأمور الربوية هى الأصناف التى يحرم فيها ربا الفضل المذكور فى مباحث الربا ، وهى كل ما كان طعاماً مدخراً مقتاتاً كالقمح والشعير والأرز ونحوها ، أو كان ذهباً أو فضة .

(الشرط الثانى) أن لا يلتزم الوكيل أو المشترى ما نقص عن الثمن الذى سماه الموكل فى حالة التوكيل بالبيع ، كما إذا قال له : بع هذه السلعة بعشرين فباعها بخمسة عشر ، ثم التزم للموكل بنقص الثمن وهو خمسة ، فانه فى هذه الحالة لا يكون للموكل الخيار . ومثل ذلك ما إذا التزم له الوكيل بالزيادة على الثمن فى حالة التوكيل بالشراء ، كما إذا قال له : اشتر لى سلعة بعشرة فاشتراها بخمسة عشر ، ثم التزم الزيادة وهى الخمسة ، فإنه لا يكون للموكل خيار فى هذه الحالة .

(تاسعاً) لا يجوز للوكيل أن يشترى السلعة التى وكل على بيعها ، ولو عين له الموكل الثمن الذى يبيع به لأنه يحتمل أن يشتريها غيره بثمن أكثر من الذى عينه له ، نعم يجوز له شراؤها إذا أذن له موكله بذلك أو انتهت رغبات الناس فى هذه السلعة إلى ثمن معين ، كما اذا عرضها للمبيع فى الأسواق التى تباع فيها ، وانصرف الناس عنها .

وكذلك لا يجوز للوكيل أن يبيع لمن كان له عليه ولاية حجر لصغر أو لسفه أو لجنون أو رق ، فلا يجوز أن يبيع لابنه الصغير أو الكبير المجنون أو نحوهما ، وذلك لأنه هو الذى يتولى عنهما القبول ، فكأنه باع لنفسه . أما زوجته وولده الرشيد ، فإنه يجوز أن تبيع لهما بشرط عدم المحاباة ، فإن

حاباهما بأن باع لهما ما يساوى عشرة بخمسة فإنه يغرم هذا الفرق للموكل ، وتعتبر المحاباة من وقت البيع ، فلو كان ثمن السلعة خمسة وباعها لهما بذلك الثمن ثم ارتفع ثمنها وصار عشرة وعلم الموكل فليس له مطالبته بالفرق .

وقال أحمد وأصحابه رحمهم الله تعالى :

(أولا) لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله لنفسه ، لأن العرف فى البيع أن يبيع الشخص لغيره ، والوكالة تحمل على العرف ، وكذا لا يصح أن يبيع لولده أو والده أو زوجته ، وكذا سائر من لا تقبل شهادته له ، لأن فى ذلك تهمة كالتهمة التى تلحقه إذا باع لنفسه .

(ثانياً) لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله ، بعرض تجارة ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بنقود غير مستعملة فى بلد البيع ، إلا إذا أذن له موكله ، وإذا إختلفا فى الإذن فالقول قول الوكيل ، أما إذا اختلفا فى التصرف كما إذا قلنا له : أمرتنى ببيع السلعة ، والموكل قال : بل أمرتك برهنها فقط فالقول قول الموكل .

(ثالثاً) إذا حدد الموكل ثمن السلعة لوكيله ، فإن عليه أن يتبع أمره ، فإذا باع بأقل مما عينه له صح البيع ، ولكن الوكيل يكون ملزماً بدفع الثمن الذى عينه له الموكل ، وكذا إذا لم يحدد له ثمناً ، ولكنه باع بأقل من ثمن المثل فإنه يلزم بدفع ثمن المثل .

ومثل ذلك ما إذا اشترى بأزيد من الثمن عينه له أو بأزيد من ثمن المثل ، فإن البيع والشراء يصح ، ولكنه يكون ملزماً بدفع الثمن فإذا باع بأكثر مما عينه له الموكل صح ، ويعفى فى البيع والشراء عن الغبن اليسير .

أما الغبن الفاحش ، وهو ما لا يقع مثله بين التجار ويقدر بعشرين فى المائة ، فإنه لا يعفى عنه ويلزم به الوكيل .

(رابعاً) إذا قال له الموكل : اشتر لى سلعة بثمن حال ، فاشتراها بثمن مؤجل فإنه يصح ، أو بع هذه السلعة بثمن مؤجل فباعها بثمن حال فانه يصح

إذا لم يترتب على ذلك ضرر للموكل ، لأنه فى هذه الحالة قد فعل ما فيه زيادة خير لموكله .

أما إذا ترتب على ذلك ضرر ، كما إذا قال : بع هذه السلعة بثمن مؤجل فباعها بثمن حال فحجر عليه ظالم أو لم يستطع حفظه فى ذلك الوقت فعرضه للضياع ، فان الوكيل لا ينفذ تصرفه ، وبعضهم يقول : ينفذ وعليه الضمان بقدر الضرر ، ومثل ذلك ما إذا قال : اشتر لى سلعة بعشرة فاشتراها بأكثر من ذلك لأجل .

(خامساً) إذا اشترى الوكيل سلعة بها عيب معلوم فان الشراء يلزم الوكيل فليس له رد السلعة ، وإذا رضى بها موكله مع عيبها فإنه يصح ، لأنه مقصود بالشراء .

أما إذا كان العيب غير معلوم للوكيل فان له رد السلعة ما لم يحضر الموكل قبل ردها ، فان حضر فليس للوكيل الرد ، وذلك لأن حق السلعة المعيبة للموكل ، والوكيل قائم مقامه فقط ، فاذا حضر الموكل كان صاحب الشأن ، وكذلك حق تسليم الثمن وقبض المبيع ، فانه للموكل لا للوكيل ، فاذا حضر الموكل كان هو صاحبه .

(سادساً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة ، فان عليه أن يسلمها لمن اشتراها وليس له قبض ثمنها إلا باذن الموكل ، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فإن لم يأذنه صريحاً ولكنه أذنه ضمناً بأن قامت قرينة على إذنه بقبض الثمن فإنه يصح ، وذلك كما إذا وكله أن يبيع جملا فى سوق عامة بعيدة عنه ولم يعين له المشترى فلا معنى لهذا الا أنه قد أذنه بقبض الثمن فإن باع الوكيل السلعة وسلمها ولم يقبض ثمنها كان ملزماً به لأنه فى هذه الحالة يكون مفرطاً .

(سابعاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة ، فإن على الوكيل أن يسلم ثمن السلعة ، فلو أخر تسليم الثمن بلا عذر ثم فقد كان الوكيل ضامناً .

(ثامناً) إذا وكله أن يشترى له شيئاً فلابد من بيان نوعه وثمنه ، فاذا

قال له : وكلتك على أن تشترى لى ما تشاء ، أو تشترى لى عيناً بما تشاء فإنه لا يصح .

(تاسعاً) إذا وكله على بيع ماله كله أو بيع ما شاء منه ، فانه يصح على أنه إذا قال : بع من مالى ما شئت فله بيع ماله كله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكله فى قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء ، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط الموكل ؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه ، فان ادعى الوكيل انه قضاه وانكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم ، لأن الغريم لم يأتمنه على المال ، فلا يقبل قوله عليه فى الدفع ، كالوصى اذا ادعى دفع المال الى الصبى ، وهل يضمن المال للموكل؟ينظر فيه،فان كان فى غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود او فسقوا لم يضمن ، لأنه لم يفرط ، وان لم يشهد ضمن لأنه فرط .

وان اشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن الشاهد مع اليمين بينة .

(والثانى) يضمن لأنه فرط حيث انه اقتصر على بينة مختلف فيها وان كان بمحضر الموكل واشهد لم يضمن ، وان لم يشهد ففيه وجهان :

(احدهما) لا يضمن ، لأن المفرط هو الموكل . فانه حضر وترك الاشهاد .

(والثانى) انه يضمن لأن ترك الاشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل ، كما لو اتلف ماله وهو حاضر ، وان وكله فى ايداع ماله عند رجل فهل يلزمه الاشهاد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه لانه لا يأمن ان يجحد فيشهد عليه الشهود .

(والثانى) لا يلزمه ، لأن القول قول المودع فى الرد والهلاك،فلا فائدة فىالاشهاد وان وكله فى الايداع فادعى انه اودع وانكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه ، لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه ، كالوصى اذا ادعى دفع المال الى اليتيم ، وهل يضمن الوكيل ؟ ينظر فيه فان اشهد ثم مات الشهود او فسقوا لم يضمن ؛ لأنه لم يفرط ، وان لم يشهد ــ فان قلنا : انه يجب الاشهاد ضمن لانه فرط ، وان قلنا . لا يجب لم يضمن لانه لم يفرط) .

الشرح قال المزنى : ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال إلى رجل فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة اهـ .

قلت : وصورة ذلك تتضح فى رجل أمر وكيله بدفع مال إلى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع إليه القبض ، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام :

(أحدها) أن يكون ديناً فى ذمة الموكل ، فقول الوكيل فى الدفع غير مقبول على المدفوع إليه ، لأن الموكل لو ادعى دفع الدين لم تقبل دعواه ، فوكيله فى دفعه أولى ألا تقبل دعواه ويكون صاحب الدين على حقه فى مطالبة الموكل بدينه ، وليس له مطالبة الوكيل به .

فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع لم يقبل قوله عليه ، وكان ضامنا له لأنه – وإن كان أميناً له بقوله – غير مقبول فى الدفع إلى غيره ألا ترى أن الوصى أمين للموصى ؟ ولا يقبل قوله على اليتيم فى دفع ماله إليه ، لأنه يدعى دفعاً إلى غير من ائتمنه . وكذلك أمره الله تعالى بالإشهاد على اليتيم فى دفع ماله إليه بقوله « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » لأن غير الأيتام قد ائتمنوهم .

وقال فى غير الأوصياء « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته » فأمره بأداء الأمانة إلى من ائتمنه من غير إشهاد لأن قوله فى الدفع مقبول ، وأمر الأوصياء بالإشهاد ، لأن قولهم فى الدفع غير مقبول ، فإذا ثبت أن قول الوصى غير مقبول فى دفع مال اليتيم إليه ، وإن كان مؤتمناً ، لأن الائتمان من جهة غيره فكذا قول الوكيل غير مقبول فى دفع المال إلى غير موكله ، وإن كان مؤتمناً لأنه دفع إلى غير مؤتمنه ، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصياً مات ، أو موكلا باقياً ، فأما إن صدق الموكل وكيله فى الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً للدفع أو غائباً عنه ، فإن كان غائباً عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل ، كما كان ضامناً مع تكذيبه ، لأنه وإن صدقه على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد ، لأن أمره بالدفع يقتضى دفعاً يبديه من المطالبة ، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد ، فصار الاشهاد من مقومات الدفع ، وكما تقول فى الإشهاد تقول

فى التوثيق والاشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع إليه ، لأن العرف فى زماننا هذا وفشو الفســاد واستحلال المحرمات وصــعوبة الاثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البينات ، وعدم التفريط فيها .

فصار الوكيل بترك الاشهاد مفرطاً فيضمن به كما يضمن بالجناية .

وإن كان الوكيل حاضراً لدفع الوكيل ففى وجوب الضمان على الوكيل وجهان :

(أحدهما) لا ضمان عليه ، والاشهاد غير لازم له ، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الاشهاد ، لأن ما كان من شروط الدفع مع غيبــة الموكل كان من شروطه مع حضوره ، وليس ما اتفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل .

(والقسم الثانى) أن يكون المدفوع عيناً مضمونة فى يد الموكل كالعوارى والغصوب ،فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها ، وينكر ربها ذلك فالقول قوله مع يمينه ، وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما فى الدفع ، ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من يشاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين لا يرجع صاحبه به على الوكيل ، لأن الوكيل فى قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين ، وقد ثبت للوكيل فى العارية والغصب فكانت يد الوكيل فى وجوب الضمان كالموكل ، فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصــدقه على الدفع .

وإن صدقه على الدفع وكان غائباً عن الدفع رجع به أيضاً ، وإن كان حاضراً فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائباً ، وهل يرجع به إن كان حاضراً معه ؟ على الوجهين .

(والقسم الثالث) أن يكون ذلك وديعة فى يد الموكل ، فلا يخلو حال

رب الوديعة من أحد أمرين : إما أن يكون قد أذن للمودع أن يوكل في ردها أم لا ، فإن لم يأذن له في التوكيل في رد الوديعة عليه فقول الوكيل غير مقبول في الرد ، والمودع ضامن للوديعة ، وهل يكون الوكيل ضامناً لها أم لا ؟ على وجهين . وان أذن له في أن يوكل في ردها فهذا على ضربين:

(أحدهما) أن يصدقه على التوكيل ، فيكون قول الوكيل في هذا مقبولا على رب الوديعة في ردها عليه ، لأنه قد صار وكيلا له ، وقول الوكيل مقبول على موكله .

(والضرب الثانى) أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالاذن فيه ، فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يقبل قوله ، لأن التوكيل من جهته ، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ، ويصير قول الوكيل مقبولا عليه في الرد .

(والوجه الثانى) أن قول المودع غير مقبول في الوكالة لأنه يدعى عقد توكيل على غيره ، فعلى هذا لا يقبل بقبول الوكيل في الرد ، ويصير المودع ضامناً ، وليس له اذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل ، لأن المودع مفرط بترك الاشهاد في التوكيل ، فصار ضامناً لتفريطه ، فلم يجز أن يرجع به على غيره .

(والقسم الرابع) أن يكون ذلك وديعة للموكل ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليمها اليه فيكذب في دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكذبه المالك الموكل في الدفع ويكذبه المودع في القبض ، ففيه وجهان من اختلافهم في وجوب الاشهاد عليه عند الدفع :

(أحدهما) يجب عليه الاشهاد ، كما يجب عليه في قضاء الدين ، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الاشهاد مفرطاً . وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول (والوجه الثانى) : أن الاشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة . لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الإشهاد عليه كان مقبول القول فيه فعلى هذا لا يكون مفرطاً ، وقوله في الدفع مقبول .

(القسم الثانى) أن يصدقه المالك الموكل ويكذبه المودع ، فلا ضمان على الوكيل وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه فى سقوط الضمان عنه ، وغير مقبول على المودع . فإذا حلف المودع : ما تسلم منه الوديعة برىء من الدعوى .

(القسم الثالث) أن يصدقه المودع على قبضها منه ويدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول ، وهو من ضمانها برىء لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه فلما برىء من الإشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالإقرار والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق فى قبضــه وصــدقه ، جاز ان يدفع اليه ؛ ولا يجب الدفع اليه . وقال المزنى ؛ يجب الدفع اليه ، لأنه أقر له بحق القبض ، وهذا لا يصح لأنه دفــع غير مبرىء فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليــه دين بشــهادة فطولب به من غير اشهاد . فان دفع اليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه : انه ما وكل ، لأن الأصل عدم التوكيل ، فاذا حلف نظرت . فان كان الحق عيناً اخذها ان كانت باقيــة ورجع ببدلهــا ان كانت تالفــة ، وله أن يطالب الدافع والقابض . لأن الدافع سلم الى من لم يأذن له الموكل ، والقابض اخذ ما لم يكن له أخذه . فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض . وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع . لأن كل واحد منهما يقول : ان ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره .

وان كان الحق ديناً فله ان يطالب به الدافع . لأن حقه فى ذمته لم ينتقل . وهل له أن يطالب القابض ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له أن يطالب . وهو قول أبى اسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقــه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً .

(والثانى) ليس له . وهو قول أكثر أصحابنا . لأن دينه فى ذمة الدافع لم يتعين فيما صار فى يد القابض فلم يجز أن يطالب به . وان جاء رجل الى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع اليه لأنه اعترف بانه لا مالك له غيره وان دفعه اليه دفع مبرىء فلزمه . وان جاء رجل فقال : أحالنى عليك صاحب الحق فصدقه . ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه الدفع اليه ، لأنه أقر له أنه انتقل الحق اليه فصار كالوارث .

(والثانى) أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرىء لأنه ربما يجىء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه ، وان كذبه لم يلزمه الدفع اليه فى المسائل كلها وهل يحلف ؟ ان قلنا : انه ان صدقه لزمه الدفع اليه حلف ، لانه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع اليه . وان قلنا لا يلزمه الدفع اليه اذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين) .

الشرح الأحكام : قال المزنى : ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكلنى فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه إليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار ، فإن أغرم الدافع على القابض لأنه يعلم أنه وكيل برىء ، وإن أغرم القابض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرىء .

وصورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو فى يده ، فحضر رجل ادعى وكالة الغائب فى قبض ماله ، فإن أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان ، فإن كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته ، لأنه يشهد لأبيه ، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل ، لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع ، ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه لا له ، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل ، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء ، وتوكيله إن شاء ، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيل مالكه ، وان لم يكن لمدعى الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعى الوكالة سواء صدقه على الوكالة أو كذبه .

وقال أبو حنيفة وكذا قال المزنى : إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال إليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال اليه .

وهذا خطأ من وجهين : (أحدهما) وهو تعليل أبى اسحاق : أنه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم

يجبر . ألا ترى أن من عليه حق بوثيقة فله الامتناع من الدفع الا بإشهاد صاحب الحق على نفسه ولو لم تكن عليه وثيقة ففى جواز امتناعه لأجل الشهادة وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : له أن يمتنع لأنه لا يتوجه يمين عند ادعائه بعد دفعه (والثانى) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد ، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف باراً .

والتعليل الثانى ــ وهو تعليل أبى على بن أبى هريرة ــ أنه مقر فى ملك غيره ، ومدع عقد وكالة لغيره ، فلم تقبل دعواه ، ولم يلزم إقراره ، ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق ، وأن هذا الحاضر وصيه فى قبض دينه لم يلزم دفع المال إليه وإن أقر باستحقاق قبضه ، فكذا الوكيل ، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه ؛ والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك ، فيلزمه الدفع لأنه بين أنه من الحق ، ولا يصير الوكيل مالكا ، ولا يبرأ بقبضه من الحق .

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به ، فهل يلزمه دفع المال إليه باقراره أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يلزمه لأنه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث .

(والثانى) لا يلزمه لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود فصار كإقراره بالتوكيل .

فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه فإن كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه ، وعليه عند أبى حنيفة والمزنى اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق ؛ ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال ، وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا ، لكن يجوز له أن فى الحكم أن يدفعه اليه ، فإن دفعه إليه ، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها ، فإن اعترف بها برىء من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل إلى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه .

فإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينـــه ، فإذا حلف فله المطالبة ، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين ، إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان حقه عيناً قائمة كالغصوب والعوارى والودائع فكل واحد من الدافع والقابض ضامن لها ، أما الدافع فلتعديه بالدفع . وأما القابض فليده عند إنكار توكيله، ويكون ربها بالخيار فى مطالبة من شاء بها من الدافع والقابض ، سواء كانت باقية أو تالفة ، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة ؛ فإن طالب بها الدافع وأغرمه برئا ولم يرجع الدافع على القابض بغرمهـــا لأنه مقر أن القابض وكيل برىء منها وأنه هو المظلوم بها . وإن طالب القابض فأغرمه برئا ، ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها ؛ لأنه مقر ببراءته منها ، وأنه هو المظلوم بها ومثل هذا كله مذهب أحمد رضى الله عنه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل اذا شاء ، ويجوز للوكيـــل أن يعزل نفسه متى شاء ، لأنه أذن فى متصرف فى ماله فجاز لكل واحد منهما ابطاله كالاذن فى أكل طعامه ، وان رهن عند رجل شيئاً وجعلاه على يد عـدل واتفقا على أنه يبيعه اذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله فى البيع فانعزل بعزله كالوكيل فى بيع غير الرهن .

وان عزله المرتهن ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه ينعزل ؛ وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه ، فانعـزل بعزله كالراهن .

(والثانى) لا ينعزل ، وهو قول أبى اسحاق لأنه ليس بوكيل له فى البيع ، فلم ينعزل بعزله ، وان وكل رجلا فى تصرف واذن له فى توكيل غيره نظرت ، فان أذن له فى التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل ، فان بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر ، وان أذن له فى توكيله عن نفسه فان الثانى وكيل الوكيل ، فان عزله الموكل انعزل لأنه يتصرف له فملك عزله كالوكيل ، وان عزله الوكيل انعزل ، لأنه وكيله فانعزل بعزله ، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته ، لأنه فرع له ، فاذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع .

وان وكل رجلا فى أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف فى ذلك الأمر

بالموت أو الجنون او الاغماء أو الحجر او الفسـق بطلت الوكالة ، لانه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ، وان أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها .

(والثانى) انه ينعزل ، لأن ذلك ليس بتوكيل فى الحقيقة ، وانما هو أمر ، ولهذا يلزم امتثاله ، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه ، وان وكل فى بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه ، أو دابة فركبها ، فهل تبطل الوكالة أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تبطل فلا يجوز له البيـع ، لأنه عقـد أمانة فتبطل بالخيـانة كالوديعة .

(والثانى) أنها لا تبطل ، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً ، فاذا تعـدى فيه بطلت الأمانة وبقى التصرف ، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة ، فاذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة .

وان وكل رجلا فى تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ، ففيه قولان :

(أحدهما) لا ينعزل ، فان تصرف صح تصرفه ، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهى كأمر صاحب الشرع .

(والثانى) أنه ينعزل ، فان تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر الى رضاه فلم يفتقر الى علمه كالطلاق) .

الشرح الأحكام : لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه إذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف فى هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، والشافعى فيه قولان ، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق والى هذا ذهب الخرقى من الحنابلة .

(والقول الثانى) وهى الرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه فى رواية جعفر بن محمد إمام العترة ، لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة،وربما باع الطعام فيأكله المشترى أو غير ذلك من إطلاق يد المشترى ويجب ضمانه . فيتضرر المشترى والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه بالفسخ . فعلى هذا لو تصرف قبل العلم نفذ تصرفه .

وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لما ذكرنا ، وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل ، لأنه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد الوديعة .

ولنا ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان ، فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصياً من غير علمه ، وهذا يتضمن العزل عند إبطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

ومتى خرج أحدهما عن أن يكون من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت ، لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته .

فإذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل . وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف . وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله . وإن كانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها ، لأن الموكل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة ، وإن فسق الوكيل لم ينعزل . لأنه من أهل التصرف . إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالإيجاب فى عقد النكاح فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف . فإن كان وكيلا فى القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لأنه لا ينافى جواز قبوله .

وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلا فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل اليتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه ، لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق . ولا ينعزل بفسق موكله . لأن موكله وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والإغماء . لأن ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف ، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفنا .

فـــرع إذا تعدى فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فهل تبطل الوكالة ؟ وجهان : (أحدهما) تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة . (الثانى) لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، وبهذا الوجه قال أحمد وأصحابه . لأنه إذا تصرف فإنما يتصرف فى نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدى والخيانة ، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمانة . فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقى الإذن بحاله . فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبسه صار ضامناً ، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله فى ملك المشترى وضمانه ، فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه . وإذا دفع إليه مالا ووكله فى شراء شىء فتعدى فى الثمن فصار ضامناً له ، فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة .

وإن وجد بالمبيع عيب فرد عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه ، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد مازال عنه .

فـــرع إذا وكل امرأته فى بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى عزل الوكيل

سبق أن تعرضنا فى الفصل المار إلى أن عقد الوكالة من العقود الجائزة التى لا تلزم إلا فى حالتين :

(الحالة الأولى) : أن يترتب على خروج الوكيل من الوكالة ضياع مال الموكل أو فساده ، فإن الوكالة حينئذ تكون لازمة ، ولا يقبل الوكيل العزل .

(الحالة الثانية) : أن تكون الوكالة بلفظ الاجارة ، واستكملت شرائطها فإنها تلزم فى هذه الحالة ، وفيما عدا ذلك يكون لكل من (الوكيل والموكل) فسخها متى شاء ، ولو بعد التصرف ، وفسخها يكون بالقول ، كأن يقول : فسختها أو أبطلتها أو يقول الموكل : عزلت نفسى ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الفسخ . كقوله : رددت وكالتك ، أو رفعتها ، وهل ينعزل الوكيل بمجرد العزل أو لا ينعزل إلا بعد أن يبلغه خبر عزله ؟

والجواب : أنه لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل فلو تصرف قبل علمه بالعزل ينفذ تصرفه .

وتنفسخ الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بجنون أحدهما أو إغمائه، وكذا تنفسخ بطروء فسخ على الوكيل بالنكاح ، فإذا وكل شخص آخر فى عقد نكاح ففسق الوكيل كأن زنى أو سرق أو ارتكب جريمة توجب فسقه ، فإن وكالته تسقط ، لأنه يشترط فى الوكيل بالنكاح أن يكون عدلا ، وكذا تنفسخ الوكالة بزوال ملك الموكل عن المحل الذى وكله بالتصرف فيه ، فإذا وكله على بيع دار أو حيوان أو طعام ثم باعه الموكل أو وقفه فإن الوكالة تنفسخ ، وكذا تنفسخ إذا وكله على بيع دار ثم أجرها الموكل للغير .

أما الحنابلة رحمهم الله فقد قالوا بقولنا فى جواز عقد الوكالة وقالوا : إن لكل من العاقدين فسخها متى شاء ، وتبطل الوكالة فى ذاتها بموت أحد

العاقدين أو جنونه مطبقاً ، وبالحجر عليه لسفه • لأن الشخص فى هـــذه الأحوال لا يكون أهلا للتصرف ، فلا يصح أن يوكل أو يتوكل عن غيره .

وكذا تبطل الوكالة بطروء فسق على أحدهما فيما يشترط فيه العدالة ، فإذا وكل شخص آخر على إيجاب النــكاح ، كأن قال له : وكلتك على أن تزوج بنتى من فلان ، بأن تقول له : زوجتك فلانة ، ثم ارتكب الموكل بعد ذلك ما يوجب فسقه ، فإن الوكيل ينعزل . وكذا إذا ارتكب الوكيل ما يوجب فسقه فإنه ينعزل .

أما إذا وكله على أن يقبل له النكاح ، كأن يقــول له : وكلتك على أن تقبل نكاح فلانة لابنى أو لى ، فإن الوكالة لا تبطل بفســق الموكل . وكذا تبطل الوكالة بردة الموكل ، لأنه ممنوع عن التصرف فى ماله ، ولا تبطل بردة الوكيل إلا فيما ينافى الوكالة .

وإذا وكل شخص آخر على أن يطلق له زوجته ثم ذهب الزوج إلى زوجه ووطئها بطلت الوكالة بذلك ، لأن وطأها دليل على الرغبة فيهــا . وينعــزل الوكيل بموت موكله ، وبعزله إياه ، ولو لم يعلم بالعزل ، ويكون ما بيده أمانة لا يضمن ما تلف منه بدون تصرفه ، أما ما يتصرف فيه فإنه يضمنه .

اما الحنفية رحمهم الله فقد قالوا : إن الوكالة من العقود الجائزة إلا فى ثلاثة مواضع فإنها تكون لازمة ، بحيث لا يصح عزل الوكيل فيها ، وذلك لأنها لا تكون مقصورة على الوكيل والموكل ، بل يتعلق بها حق للغير فى هذه المواضع ، وقد تقدمت فى الوكالة بالخصومة وهى :

(١) الوكالة ببيع الرهن ، فإذا رهن شخص عند آخر عيناً فى نظير دين ثم وكل شخصاً على أن يبيع هــذه العين لســداد ذلك الدين ، فان الوكالة تصبح لازمة ، فليس للوكيل عزل نفسه ، كما أنه ليس للموكل عزله لتعلق حق صاحب الدين بهذه الوكالة ، لأنه يريد أخذ حقه ببيع العين ، ومن ذلك ما إذا وكل شخص آخر بأن يقبض دينه من فلان بحضرة المديون ، فإنه يجوز له عزله ، إلا إذا علم المديون لتعلق حق بذلك .

(ب) الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب ، مثلا إذا كان لشخص عند آخر دين ثم أراد المدين السفر إلى بلاد نائية فطلب صاحب الدين من المدين أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه فى طلب الدين حال غيابه ، فوكل عنه بناء على هذا الطلب فعند ذلك يصبح ذلك الوكيل غير قابل للعزل ، لأنه قام مقام المدين الغائب ، وليس لصاحب الدين من يطالبه بدينه سواه ، فلو عزل الوكيل ضاع عليه حقه ، أما إذا كان المدين حاضراً غائباً فإن الوكالة تكون جائزة لا لازمة ، لأنه يمكن أن يخاصم المدين ، وكذلك إذا لم يكن تعين الوكيل بناء على طلبه فى هذه الحالة لا يكون له حق فيه .

(جـ) الوكالة على تسليم عين لشخص مع غياب الموكل فإنه يجب على الوكيل أن يسلم هذه العين لصاحبها ، ولا يجوز له عزل نفسه كما تقدم فى مبحث الخصومة ، فهذه الأمور تصبح فيها الوكالة لازمة وما عداها فإن الوكالة فيها جائز لكل منهما فسخها ، ولكن يشترط علم كل منهما بالعزل ، فإذا عزل الوكيل نفسه فعليه أن يكون بكتاب يصل إليه ، أو إرسال رسول اليه بشرط أن يكون مميزاً ، سواء كان عدلا أو غيره صغيراً أو كبيراً ، وسواء صدقه أو كذبه أو بمشافهته بالعزل أو نحو ذلك ، ومحل ذلك إذا كان الوكيل متبرعاً ، أما إذا كان بأجر فإنه يعامل بشرطه ، ولا يشترط علمه بالعزل فى الحالات الآتية :

(أحدها) : إذا وكل شخص آخر ولم يعلم الوكيل بالوكالة ، فان للموكل عزله بدون علمه بالعزل .

(ثانيها) : الوكالة بالنكاح ، والطلاق ، والعتاق ، فإن للموكل عزل نفسه بدون علم موكله ، وعلة ذلك كله أن الموكل لا يلحقه ضرر بعزل الوكيل بدون علمه ، فاذا لحقه ضرر فإنه لا يصح العزل بدون علمه مثلا إذا وكله على أن يبيع ماله وكانت سوق البيع رائجة فإذا عزل نفسه عن البيع بدون علم الموكل ، فاته سوق البيع اعتماداً على وكيله ، فى هذه الحالة لا يجوز له عزل نفسه بدون علم موكله ، وينعزل الوكيل بلا عزل فى الأمور الآتية :

(أحدها) : نهـاية الشيء الموكل فيـه كمـا إذا وكله على قبض دين فقبضه ، فإن الوكالة تنتهى بالقبض .

(ثانيها) : موت أحدهما وجنونه جنونا مطبقاً مدة شهر على المفتى به .

(ثالثها) : إذا وكل المرتد شخصاً ثم لحق بدار الحرب أو قتـل فإن الوكيل ينعزل بمجرد الحكم بلحاق المرتد بدار الحرب أو قتله ، أما إذا أسلم فان التوكيل ينفذ وتبطل الوكالة اللازمة بالموت أو بالجنـون فى أمرين : الوكالة بالخصومة بناء على طلب الخصم ، والوكالة بتسليم عين مع غيـاب الموكل . أما الوكالة ببيع الرهن فانها لا تبطل بهذه العوارض . هكذا أفاده الجزيرى فى الفقه على المذاهب ومنه نقلته .

اما مالك واصحابه رحمهم الله فقالوا : الوكالة من العقود الجائزة ، فلكل من الوكيل والموكل فسخ عقدها كما يشاء الا فى ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) الوكالة بالخصومة ، ولا يصح للموكل أن يعزل بعد نفسه ، كما لا يصح للموكل أن يعزله بعد أن يحضر مع الخصم ثلاث جلسات قال الخرشى : لأن الحق فى التوكيل للموكل فى حضور الخصم أو غيبتـه الا أن يقاعد الموكل خصمه ثلاث مجالس ولو فى يوم واحد ، وتنعقد المقالات بينهما فليس له أن يوكل من يخاصم عنه الا أن يحصل للموكل عذر من مرض أو سفر ونحوهما فله حينئذ أن يوكل عنه . ا هـ

قلت : ولا فرق فى هذه الحالة بين أن يوكله فى مقابلة عوض على وجـه الإجارة أولا ، وهذه الحالة لا خلاف فيها .

(الحالة الثانية) أن تقع الوكالة فى مقابلة عوض على وجه الإجارة ، وذلك بأن يوكله على عمل معين بأجرة معلومة أو على غير معين فى زمن معين . ومثال الأول أن يوكله على أن يبيع له جماله المعروفة وله بعد بيعها خمسون جنيها بدون أن يحدد له زمناً . ومثال الثانى أن يوكله على أن يعرض هذه الإبل فى السوق للبيع خمسة أيام وله عشرون جنيها بعد هذه المدة سواء باع هذه الإبل بالفعل أولا . ولا يصح أن يعين له العمل والزمان ، كأن يقول له :

بع هذه السلعة فى خمسة أيام بأجر قدره كذا ، فإن لم يبعها لا يستحق شيئاً ، لأن تعيين العمل والزمان يفسد الإجارة .

(**الحالة الثالثة**) أن تقع الاجارة فى مقابلة عوض على وجه الجعالة ، وذلك كما إذا وكله على أن يستخلص له ديناً فى نظير جعل يأخذه بشرط أن يبين له قدر الدين والشخص المدين كانت إجارة لا جعالة .

وهاتان الحالتان مختلف فيهما ، فبعضهم يقول : إن الوكالة لا تلزم على كل حال ، سواء كانت فى مقابلة عوض على وجه الإجارة ، أو على وجه الجعالة ، أو لم تكن ، وبعضهم يقول : إنها تلزم ثم إذا كانت على وجه الإجارة تلزم الجاعل (الموكل) بشروع الوكيل فى العمل ، أما المجعول له (الوكيل) فلا تلزمه بل له فسخها .

وينعزل الوكيل بموت موكله لأن الوكيل نائب عن الموكل فى ماله خاصة ، فإذا مات الموكل انتقل ماله إلى ورثته فلا يملك شيئاً يتصرف فيه نائبه حينئذ ، وهل ينعزل الوكيل بمجرد موت الموكل وإن لم يعلم به ، أولا بد من العلم ؟ خلاف ، والراجح أنه لا ينعزل إلا إذا علمه ، فاذا تصرف قبل العلم ينفذ تصرفه .

وإذا عزل الموكل وكيله فقيل : ينعزل بمجرد العزل ، وقيل : لا ينعزل إلا إذا علم ، فإذا تصرف قبل العزل لا ينفذ تصرفه على الأول وينفذ على الثانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل ، فان تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف ، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن .

وان وكله فى بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها . وتلف الثمن واستحق المبيع رجع المشترى بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه . كما لو باع بنفسه) .

الشرح الأحكام : اليد فى أموال الغير على ثلاثة أقسام ، يد ضامنة ويد أمينة ، ويد اختلف الشافعي هل هى ضامنة أو أمينة ؟ فالأولى كيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشترى والمستقرض ؛ وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم ، وإن كان هلاكه من غير تعديهم ، لأنهم أصلا بين متعد أو معاوض . والثانية كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن . فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا ، لأنه ليس فيهم متعد بيده ولا معاوض .

وأما اليد المختلف فيها فيد الأجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ، ففيها قولان (أحدهما) أنها كيد المستعير عليها الضمان (والثانى) أنها كيد المودع لا ضمان عليها فيما هلك .

فإذا تقرر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله ، ولا ضمان عليه إن هلك لأمرين (أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذى هو بمثابته .

(والثانى) أن الوكيل له عقد إرفاق ومعونة ، وفى تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الارفاق والمعونة فيها ، وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض فكان أبو على الطبرى رحمه الله يقول : إذا كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين . وهذا ليس بصحيح . لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة فى اللزوم خرجت عن حكمها فى الضمان .

فرع قال المزنى : فإن طلب منه الثمن فمنعه فقد ضمنه إلا فى حال لا يمكنه فيه دفعه . قال الماوردى فى حاويه : وهذا كما قال : إذا كان مع الوكيل ثمن ما باع الموكل فطلب منه فمنعه ، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين ، إما أن يكون بعذر أو بغير عذر . فإن كان لعذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول إلى موضع الثمن . أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها . أو لضياع مفتاح أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر فى تأخير الدفع ولا ضمان عليه إن تلف قبل الدفع .

وإن منعه لغير عذر صار ضامناً له . فإن تلف كان عليه غرمه . فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ .

(قلت) سيأتى مزيد إيضاح لهذا الفصل فى آخر فصل فى هذا الباب لتعلقها به هناك . أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول :

إن تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها فقد بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله فى بيع بقرة فماتت . ولو دفع إليه ديناراً ووكله فى الشراء به فهلك الدينار أو ضاع . أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة ، سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا ، ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا إيضاحه من حيث التعدى والتفريط أو عكسهما والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا ادعى رجل على رجل أنه وكله فى تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله ، لأنه ينكر عقداً الأصل عدمه فكان القول قوله . وان اتفقا على الوكالة واختلفا فى صفتها . بأن قال الوكيل : وكلتنى فى بيع ثوب . وقال الموكل : بل وكلتك فى عبد ، أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بألف وقال : بل وكلتك فى البيع بألفين . أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بثمن مؤجل وقال الموكل : بل وكلتك فى البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لانه ينكر اذنا والأصل عدمه . ولأن من جعل القول قوله فى اصل التصرف كان القول قوله فى كيفيته كالزوج فى الطلاق .

(فصل) وان اختلفا فى التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل او اتفقا على البيع واختلفا فى قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان :

(أحدهما) أن القول قول الوكيل لأنه يملك العقد والقبض . ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به . كالأب فى تزويج البكر .

(والثانى) انه لا يقبل قوله ، لأنه اقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن ، فلم يقبل كما لو اقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه ، وان وكله فى ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا ، فقال الوكيل : ابتعتها باذنك بعشرين ، وقال الموكل : بل اذنت لك فى ابتياعها بعشرة ، فالقول قول الموكل لما بيناه . فان

حلف الموكل صارت الجارية للوكيل فى الظاهر ، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الاذن ، فان كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له فى الظاهر والباطن ، وان كان صادقا كانت الجارية للموكل فى الباطن ، وللوكيل فى الظاهر .

قال المزنى : ويستحب الشافعى رحمه الله فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول : ان كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه اياها بعشرين ، فان قال له : بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل فى الظاهر والباطن .

وان قال كما قال المزنى : ان كنت أذنت لك فى ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : لا يصح ، لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح ، وجعل ما قاله المزنى من كلام الحاكم لا من كلام الموكل . ومنهم من قال : يصح ، لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لأنه لا يصح أن يبيعها الا أن يكون قد أذن له فى الابتياع بعشرين ، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه ، فان امتنع الموكل من البيع قال المزنى : يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها . وقال أبو سعيد الاصطخري : فيه وجهان :

(أحدهما) ما قال المزنى .

(والثانى) أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وانكر المشترى ، وحلف أن المستحب للمشترى أن يقول للبائع : ان كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع ، وان لم يفعل المشترى ذلك ففيه قولان :

(احدهما) أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها .

(والثانى) أن البائع يملك الدار لأن المشترى صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته ، فيكون البائع احق بعين ماله .

وقال أبو اسحاق : لا يملك الوكيل الجارية قولا واحداً ، وتخالف الدار لانها كانت للبائع ، فاذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع اليه كما يعود اذا تحالف المتبايعان ، والجارية لم تكن للوكيل ، فتعود اليه عند التعذر ، فان قلنا : يملكها ظاهراً وباطناً تصرف فيها بالوطء وغيره . وان قلنا : انها للموكل فى الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه ، ووجد له مالا من غير جنس حقه) .

الشرح الأحكام : قال المزنى رحمه الله تعالى : فإن كان وكله ببيع متاعه فباعه فقال الوكيل : قد دفعت إليك الثمن فالقول قوله مع يمينه . وقال الماوردى فى حاويه : اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يقبل فيه قول الوكيل . وقسم لا يقبل فيه قوله . وقسم اختلف قوله

فى قبول قوله [1] فيه . فأما القسم الأول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو فى رد ما قد ائتمنه عليه . وجملة الأيدى التى لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام .

(أحدها) ما يقبل فيه (قول) صاحبها فى رد ما كان معــه ، وهو من ائتمنه المالك على ماله فى حق نفسه من غير نفع يعود (عليــه) فى أماناتــه كالمودع ، فقوله فى رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول ، لأنه لما أقامــه مقام نفسه وجب أن يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه .

(والثانى) من لا يقبل قوله وإن كان أمينا فى رد ما بيده وهو من يــده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله فى الرهن على راهنه ، لأنه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه .

(والثالث) من اختلف أصحابنا فى قبول (قوله) وهو من كان نائبــاً عن المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته كالعامل فى القراض ، والأجير المشترك ، ففى قبول قولهم وجهان :

(أحدهما) أن قولهم مقبول فى رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك ، وهذا أظهر القولين (الوجهين) وهو قول الجمهور .

(والثانى) وهو قول أبى على الطبرى : أن قولهــم غير مقبــول فى رد ما بأيديهم لأن عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين فى حق أنفسهم فلم يقبــل قولهم كالمرتهن ، فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعا ، فقوله فى رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففى قبول قوله وجهان ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل .

(وأما القسم الثانى) وهو مالا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل ، فهو أن يدعى إذنا فى تصرف لقول الوكيل : أمرتنى ببيع كذا ، أو بإعطاء زيــد

---

[1] اختلف قوله ، أى قول الامام الشافعى رضى الله عنه ، وكذا كل ما جاء على هــذا النحو من عود ضمير الغائب على غير مذكور فى اثبات قول او حكم أو مذهب .

كذا فينكر الموكل ذلك فالقول قول الموكل دون الوكيـل ، لأنه فى هـذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة ، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله فى ادعائها ، لأن مدعى الاذن لا يقبل قوله فى ادعائهـا وكذلك إذا اتفقـا على الإذن ، واختلفا فى صـفته كقول الوكيل أمرتنى بإعطاء زيد ألفاً فقال : بل أمرتك باعطائه ثوباً ، وكقوله أمرتنى ببيع عبدك بألف ، فقال : بل أمرتك بألفين ، فالقول فيه قـول الموكل ، فلا يقبـل فيـه دعـوى الوكيـل إلا ببينـة يقيمها على ادعائه والبينة شاهدان عدلان لا غير لأنها بينة فى إثبات الوكالة .

(وأما القسم الثالث) وهو ما اختلف قوله فى قبول (قول) الوكيـل فيه على موكله ، فهو أن يوكل فى عمل فيدعى الوكيـل إيقـاعه على الوجه المأذون فيه ، وينكره الموكل كتوكيله فى بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصـديق البـائع والمنكوحة والموهوبة له والمطلقة والقابض ، ففيـه قولان محكيـان عن الشـافعى ، ووجهان ذكرهما ابن سريج ، فأحد قولى الشافعى أن القول فى جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه ، والبينة عليه معتبرة فى كونه مالا أو غير مال ، وإنما كان القول قول الموكل لأنهـا عقـود فلم يلزم بمجرد الدعوى .

(والقول الثانى) أن القول فى جميع ذلك قول الوكيل ، لأن الموكل أقامه مقام نفسه ، بعد قوله عليه . فهذان قولا الشافعى المحكيان عنه .

وأما وجها أبى العباس بن سريج فإنه ذكر فى كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعى وجهين ذكر احتمالهما ، ونص توجيههما ، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء كان قوله مقبولا فيه ، لأنه لما كان يصح من الوكيل فى الحال صح إقراره به فى تلك الحال ، وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به .

(والوجه الثانى) وهو الذى عول عليه واعتمـد على نصرته : إن كان الإقرار به كايقاع (طلاق) قبل قوله فيه ، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه ، وهذان الوجهان إنما يكون للقول بهما وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف

باقياً على الوكالة ، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخريجها لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما والله تعالى أعلم .

فرع إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه ، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولا عليه،لكن مع يمينه،لأنه اختلاف فى الدفع ، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشترى فهو على قولين ، لأن الوكيل يدعى عملا ينكره الموكل ، وإن كذبه فى البيع وقبض الثمن ، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا .

فرع إذا أمر الرجل وكيله أن يشترى سيارة ، فقال الوكيل : اشتريتها بألف ، قال الموكل : اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشترى السيارة بألف ــ وثمة قول بأنه إذا كانت السيارة ليست بيده فالقول قول الموكل ــ وهذا ليس بصحيح ، بل قول الوكيل أولى فى الحالين لقبول قوله فى أصل الشراء وكذا يقبل قوله فى قدر أصل ثمنه .

فرع قال المزنى : ولو قال أمرتك أن تشترى هذه الجارية بعشرة فاشتريتها بعشرين . وقال الوكيل : بل أمرتنى بعشرين فالقول قول الآمر مع يمينه وتكون الجارية فى الحكم للموكل ، والشافعى يستحب فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين ، ويقول للآخر : قد قبلت ، ليحل له الفرج ولمن يبتاعها منه .

وقد أثارت هذه العبارة من المزنى كلاماً لدى الأصحاب ، لأنه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله : إن كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين ، وهذا شرط يفسد معه البيع ، فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزنى من ذلك على وجهين .

(أحدهما) أن المزنى إنما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد ، والسبب المقصود به من غير أن يذكراه فى نفس العقد ،

فإذا ذكراه فيه لم يصح ، بل يعقد له مطلقاً من هذا الشرط ، وهذا قول أكثر البصريين .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لأنه هكذا يكون فى الحكم فجائز أن يكون ملفوظاً به فى العقد .

فرع إذا ثبت ما أسلفنا فللموكل حالتان :

(إحداهما) : أن يجيب الى بيعها على الوكيل ان كان صادقاً فيصير الوكيل مالكا لها ظاهراً وباطناً . ويجوز له إمساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها .

(والحال الثانية) أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك ، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه ، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى أنه قد ملكها ملكا تاماً ظاهراً وباطناً لأن الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده ، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها ، وإن باعها ملك الفضل فى ثمنها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : إنه لا يصير مالكا لها ، وانما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه ، لأنه مقر بأنها ملك لموكله ، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها ، وإن كان فى ثمنها فضل لم يملكه ، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يبيعها بنفسه . (والثانى) يتولاه الحاكم ، فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه ، وإن كان أقل فلا رجوع له ينافيه ، وإن كان أكثر فلا حق له فى الزيادة .

وهل يجوز إقرارها فى يده ؟ أم ينزعها الحاكم منه ؟ على وجهين :

(أحدهما) يقرها فى يده لأنه لا خصم له فيها .

(والوجه الثانى) هل ينزعها منه لأنه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال العيب ـ التى ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل فى النزاع ـ أم يكون مشترى الجارية مالكها ؟ على الوجهين جميعاً ، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشترى من وكيل فى بيعها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان اختلفا فى تلف المال فادعى الوكيل انه تلف وانكر الموكل فالقول قول الوكيل ، لان التلف يتعذر اقامة البينة عليه فجعل القول قوله .

(فصـــل) وان اختلفا فى رد المال فقال الوكيل : رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت ، فان كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأنه قبض العين لمنفعة المالك ، فكان القول فى الرد قوله كالمودع ؛ وان كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، فلم يقبل قـوله فى الرد كالمستأجر والمرتهن .

(والثانى) أنه يقبل قوله لأن انتفاعه بالعمل فى العين ، فأما العين فلا منفعة له فيها ، فقبل قوله فى ردها كالمودع فى الوديعة .

(فصـــل) اذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال : لا اعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت ، فان كان مضمونا عليه كالغصب والعارية ـ فان كان عليه فيه بينة ـ فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض ، لأنه لا يأمن أن يقبض ، ثم يجحد، ويقيم عليه البينة فيغرمه ، وان كان أمانة كالوديعة او ما فى يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أن له أن يمتنـع حتى يشـهد بالقبض ، وهو قـول أبى على ابن أبى هريرة ، لأنه لا يأمـن أن يقبض ثم يجحـد ، فيحتـاج أن يحلف انه لا يستحق عليه ، وفى الناس من يكره ان يحلف .

(والثانى) انه ليس له أن يمتنع ؛ لأنه اذا جحد كان القـول قـوله : انه لا يستحق عليه شيئاً ، وليس عليه فى اليمين على الحق ضرر فلم يجز له ان يمتنع والله أعلم) .

الشرح الأحكام : هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه ومجمل القول : إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخل من ستة أحوال :

(الأول) إذا اختلفا فى التلف ، فقال الوكيل : تلف مالك فى يدى ، أو الثمن الذى قبضته ثمن متاعك تلف فى يدى فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع . وكذلك كل من كان فى يده شىء على سبيل الأمانة ، كالأب والوصى وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك على اختلاف فيه ، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود ذلك فى ناحيته ، ثم يكون القول قوله فى تلفها ، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذر إقامة البينة عليه .

(الثانى) أن يختلفا فى تعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعى عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها ، أو حمل عليها شيئاً لنفسه ، أو فرط فى حفظها أو لبس الثوب ، أو أمره برد المال فلم يفعل ، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ولأنه منكر لما يدعى عليه . والقول قول المنكر .

(الثالث) أن يختلفا فى التصرف فيقول الوكيل : بعت الثوب ، وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جعل ، لأنه إن كان بجعل كان أجيراً ويده ضامنة .

فرع قال المزنى : ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمنعتنى وأنت ضامن فهو مدع أن الأمانة تحولت مضمونة وعليه البينة ، وعلى المنكر اليمين . وهذا كما قال ، إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك ، ثم اختلفا فقال الوكيل : منعتك معذوراً فلا ضمان على . وقال الموكل : منعتنى غير معذور فعليك الضمان ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكنا، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه فى انتقاله عن الأمانة إلى الضمان .

فـرع قال المزنى : ولو قال : وكلتك ببيع متاعى فقبضته منى وأنكر ثم أقر ، أو قامت عليه البينة ضمن ـ أى انتقل من حال الأمين إلى حال الضامن ـ لأنه خرج بالجحود من الأمانة ، وهذا صحيح ، وصورة ذلك فى رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر،فإن أقام المدعى بينة بالوكالة وقبض المتاع صار ضامناً وخرج بالجحود عن الأمانة فصار كجاحد الوديعة ، فلو ادعى بعد قيام البينة عليه تلفها أو ردها على مالكها لم تقبل دعواه ، لأنه ضمن ما لا يقبل قوله فى ادعاء البراءة منه ، ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه ، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه ، وكان ضامنا له كقيام البينة عليه بقبضه .

فلو أقام البينة برده على موكله أو بتلف ذلك فى يده قبل جحوده ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : انها بينة مردودة ، لأنه قد أكذبها بسابق انكاره .

(والوجه الثانى) وهو قول ابى القاسم الصيمرى ، وحكاه أبو حامد الأسفراينى ان بينته مقبولة ، يقدم ما شهدت به على الجحود الموجب للضمان . وقال الماوردى : والوجه الأول أصح .

فـرع قال المزنى : ولو قال : وكلتك فى بيع متاعى فبعته ، وقال : مالك عندى شىء ، فأقام عليه البينة فقال : صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لأن من دفع شيئاً إلى أهله فليس هو عنده ، ولم يكذب نفسه فهو على أصل أمانته وتصديقه . وهذا صحيح ، إذا ادعى أنه وكله فى متاع أقبضه إياه ليبيعه فقال الوكيل : مالك عندى شىء أو ليس لك فى يدى حق فهذا جواب مقنع فى الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه ، لأنه منكر وكل من ادعى عليه مال فى يديه وذكر المدعى سبب استحقاقه كالوديعة والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكراً له أن يجيب بأحد جوابين ، إما أن يقول :

ما أخذت منك هذه الوديعة ، ولا غصبتك هذا المال ، وإما أن يقول : مالك قبلى حق ، فكلا الجوابين مقنع فى انكار الدعوى وعليه اليمين .

وصفة إحلافه وتحليفه بحسب اختلاف الجواب ، فإن كان جوابه مطلقاً بأن قال : ليس عندك لك حق،أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبله حق،ولا يجوز للحاكم أن يحلفه : ما أخذ وديعة ، أو ما غصبه ، لأنه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب بهبة أو بيع استوفى ثمنه ، فلا يكون قبله حق ، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر .

وإن كان جوابه أن قال : ما غصبتك ، أو قال : ما أخـذت وديعتك ، فقد اختلف أصحابنا فى صفة إحلافه على وجهين :

(أحدهما) أنه يحلف بالله ماله قبله حق احترازاً مما ذكرنا .

(والوجه الثانى) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ، ولا أخذ وديعته لأن تركه الاحتراز فى جوابه ينفى التوهم عنه فيما ذكرنا .

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع فحلف ثم قامت البينة عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبـولا فيـه لأمرين :

(أحدهما) أن ما ادعاه فى الثانى مطابق لما أجاب به فى الأول ، لأن من يرد الشيء على مالكه فليس له شيء فى يده .

(والثانى) أنه ليس له فى جوابه الأول تكذيب الشهود ، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين ، فلو قامت عليه البينة فى هذه المسألة بأن المتاع كان فى يده بعد أن أجاب بأن لا شيء لك عندى صار ضامنا ولم يقبل قوله فى الرد أو التلف لأن هذا الجواب منه مع بقاء الشيء فى يده كذب وجحود فصار ضامناً .

فـرع قال المزنى : ولو جعل الوكيل فيما وكله جعـلا ، فقـال للموكل : جعلى قبلك وقد دفعت إليك مالك ، فقـال : بل خنتنى فالجعـل مضمون لا تبرئه منه الجناية عليه .

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً ، فلو قال : قد وكلتك فى بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله ؛ فلو وكله فى بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعاً فاسداً فلا جعل له ، لأن مطلق الإذن بالبيع يقتضى ما صح منه ، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جعلا عليه ، فلو باعه بيعاً صحيحاً وقبض ثمنه ، وتلف الثمن فى يده فله الأجرة لوجود العمل ، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حياكة ثوب أو تجليد كتاب فتلف الثوب أو الكتاب فى يده بعد عمله ، فلا أجرة له إن كان مشتركا ، والفرق الذى تلف الثمن فى يده والذى تلف الثوب أو الكتاب فى يده أن المقصود من الأجير تسليم العمل المستحق فى مقابلة العوض ، فما لم يحصل التسليم لم يجب ما فى مقابلته من العوض والمقصود من الوكيل وجود العمل المأذون فيه ، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب فى يده قبل تسليمه إلى مستحقه بطل البيع ، ولم يبطل جعل الوكيل ، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته ، فصار بالعمل مأجوراً فيه ، وكان بخلاف وقوع البيع فاسداً ، فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف فى يده ، ثم استحق الثوب من يد المشترى كان البيع فاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل فصار مقصوده بالإذن مجرد العمل على وجه الصحة دون الصحة ، وقد وجد من الوكيل ذلك العمل .

فأما رجوع المشترى بالثمن ، فإن لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل ويرجع الوكيل به على الموكل ، وإن علم بالوكالة ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى حامد المروزى ذكره فى جامعه أنه يرجع على الموكل دون الوكيل ، لأنه مبيع عليه كالمبيع على المفلس .

(والثانى) يرجع على من شاء منهما ، لأن لكل واحد منهما فى العقد تأثيراً .

فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بجعل واستحقاقه بعد العمل ، فطالب الوكيل الموكل بجعله ، وادعى أنه قد باع ما وكل فى بيعه ، وأنه قد

رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان ، حالة ينكر العمل الذى ادعاه من البيع وقبض الثمن ، وحالة يعترف به ، فإن أنكر الموكل ذلك فالقول قوله مع يمينه، ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها على البيع ، سواء قبل قوله فى البيع أم لا ؟ لأنه يدعى عملا يستحق به جعلا فلم يقبل قوله فى دعواه ، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل إليه فالقول قول الوكيل مع يمينه وله الجعل لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق بها ، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع ، إنك خنتنى فى عملك بقدر جعلك فبرئت منه بخيانتك ، وأنكر الوكيل الخيانة ، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله .

فــرع إذا تلف الثمن قبل دفعه للموكل ، فإن كان لعذر فى تأخير الدفع فلا ضمان فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا ؟ على ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو الصحيح : أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالإشهاد على نفسه بالقبض ، لأن قول الوكيل مقبول فى الدفع ، فعلى هذا يصير بالمنع ضامنا : وعليه الغرم إن تلف .

(والوجه الثانى) له الامتناع بالدفع إلا بالإشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامناً ولا غرم عليه إن تلف .

(والوجه الثالث) وهو مذهب مالك : أنه إذا قبض المال بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد ، وإن قبضه بغير اشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد ، فأما من كان غير مقبول القول فى الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالاشهاد سواء كان ضامناً كالغاصب والمستعير أو غير ضامن كالمرتهن .

فأما المضارب والأجير المشترك ـ فإن قلنا بأحد الوجهين : إن قوله فى الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع إلا بالاشهاد ، وإن قلنا بالصحيح من المذهب : إن قولهم فى الدفع مقبول ففى وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما أسلفنا والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تلخيص باب فى اثبات الوكالة من كتاب أدب القاضى

لأبى بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيبانى المعروف بالخصاف مع شرح أبى بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص وكلاهما من أصحاب مذهب أبى حنيفة :

وكالة الحاضر لا تجوز عند أبى حنيفة إلا برضاء الخصم ، وتجوز عند أبى يوسف ومحمد .لأبى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : « لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » [1] والمدعى عليه لا يخرج بتوكيل الوكيل من الخصومة فينبغى أن لا يصح السماع من بينة المدعى حتى يحضر المطلوب فان قيل : ان الوكيل خصم ، قيل له : أثبت أنه خصم ، فانا لم نوافقك على هذا ، ومن جهة القياس ثلاثة معان :

(أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أوجب على القاضى التسوية بين الخصوم ، وليس من التسوية أن يكون أحد الخصمين قاعداً فى منزله والآخر يتردد إلى باب القاضى .

فإن قيل : إن الوكيل هو الخصم هاهنا ، قيل له : إن الموكل لم يخرج من أن يكون خصماً مع كون الوكيل خصماً عنه ، فينبغى أن يسوى بينه وبين المطلوب الذى كان خصمه فى الأصل .

(والثانى) أن الناس مختلفون فى الخصومات ، فبعضهم ألْحَنُ بالحجة من بعض ، والدليل على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولعل بعضكم يكون ألحن بالحجة من بعض ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه ،

---

(1) مسند أحمد بن حنبل جـ ١ ص ٩٠

فإنما أقطع له قطعة من النار » (٢) فبين صلى الله عليه وسلم أن بعضنا أقوم بالخصومات من بعض ، وأنا ليس نتساوى فيها ، فاذا كان كذلك كان للمدعى أن لا يقبل خصومة الوكيل لأنه لا يأمن أن يغلبه ويظهر عليه بالحجة ، وإن كان المدعى هو المحق .

(والثالث) فإن الخصومة حق للمدعى يلزم المدعى عليه بدلالة أن القاضى يعدى عليه ، ويحول بينه وبين تصرفه وأشغاله . فإذا كان كذلك لم يجز له تحويلها إلى غيره إلا برضاء المدعى بدلالة أنه لو كان عليه دين وهو مقر به لم يجز له أن يحوله الى غيره الا برضاء الطالب ، والمعنى الجامع بينهما لزومه حق الطالب فى الوجهين جميعاً .

وهذه العلة مقصورة على وكالة المدعى عليه دون وكالة المدعى . والوجهان الأولان يعمهما جميعاً ، إلا أنه إذا صح أن وكالة المدعى عليه لم تصح إلا برضاء المدعى كان وكالة المدعى أيضاً مثلها ، لا تصح إلا برضاء المدعى عليه ، لأن أحداً لم يفرق بين الوكالتين . وأما أبو يوسف ومحمد فانهما ذهبا إلى أن حق الخصم إنما هو الخصومة والتمكن من إثبات حقه . ويمكن أن يثبت حقه على الموكل بخصومته للوكيل ، فإذا لم يكن فى ذلك إبطال حقه جازت الوكالة .

فصل

ولا خلاف بينهم أن المدعى أو المدعى عليه إذا كان مريضاً أو مسافراً سفر ثلاثة أيام إن له أن يقيم لنفسه وكيلا . وكذلك لو كان حاضراً ، فأراد أن يسافر سفر ثلاثة أيام فصاعداً إن له أن يوكل غيره فى الخصومة ، لأن المريض لا يلزمه الحضور إلا عند القاضى لأنه لا يقدر على ذلك ــ فكذلك المسافر لا يلزمه الرجوع إلى عند القاضى ــ ولكن لو أراد خصمه مخاصمته مضى إليه حتى يرفعه إلى قاضى الى ذلك البلد أو من يقرب اليه ان لم يكن

(٢) أخرجه مسلم فى الاقضية .

هناك قاض ، وكذلك لو أراد سفراً جاز أن يوكله لأنه وقت الخصومة يكون مسافراً ، فلا يلزمه الحضور إلى عند القاضي . فاذا كان كذلك لم يثبت لخصمه حق الخصومة عليه ، إذا لم يلزمه الحضور فى هذه الوجوه كلها .

فإذا لم يثبت عليه حق الخصم لم يمتنع تحويل الخصومة إلى غيره ، إذا كان المعنى المانع من الوكالة لزوم حق الخصم فى الخصومة فلا يقدر على تحويله إلى غيره ، وهذا المعنى موجودها هنا ، ولا يلزم على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : « لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » لأن المريض والمسافر لم يصيرا خصمين يلزمهما حق الخصومة لما بينا ، فيكون المراد غيرهما .

قال : ولو ادعى رجل أن رجلا وكله بطلب كل حق هو له بالكوفة وقبضه ، وبالخصومة فيه ، جائز فيه ما صنع ، فحضر القاضى وجاء بالبينة على الوكالة والموكل عليه ، ولم يحضر الوكيل أحداً للموكل قبله حق ، فأراد أن يثبت وكالته عند القاضى ، فإن القاضى لا يسمع من بينته حتى يحضر خصماً ، فإن أحضر رجلا يدعى عليه حقا للموكل ، والمدعى عليه بذلك الحق مقر بالحق أو جاحد له ، فإن القاضى يسمع من شهود الوكيل على الوكالة ، وينفذ له الوكالة .

أما إذا لم يحضر أحداً فإنما لم يقبل البينة ، لأن سماع البينة لا يصح على غير خصم . وليس هاهنا خصم تسمع عليه الشهادة ، فلذلك لم تقبل . وأما إذا حضر إنسان يدعى للموكل عليه حقا فإن البينة تقبل على الوكالة سواء أكان المدعى مقرا بالحق أو منكراً له ، لأن المدعى عليه إن كان منكراً للحق فالوكيل يريد أن يثبت أنه خصم فى إثبات حق الغائب ، والحق يدعى إثباته على المدعى عليه فيكون خصماً فى إثبات الوكالة التى يتوصل بها إلى اثبات الحق المدعى . وان كان المدعى عليه مقراً بالحق فان البينة تقبل أيضاً على الوكالة ، لأن كونه مقراً بالحق لا يوجب للوكيل حق القبض ، إذا كان المدعى عليه منكراً لوكالته بالقبض ، فلذلك كانت البينة على الوكالة مقبولة إذا أنكر المدعى عليه الوكالة .

وأما إذا أقر بالوكالة ، فإنه يؤمر بتسليم ما أقر به إلى الوكيل ، وان لم يقم الوكيل البينة لأن اقراره مقبول على نفسه ، ويؤمر بتسليم المال اليه حيث صدقه الوكيل .

فإن قبل القاضي بينة الوكيل على خصم حاضر ثم أتى برجل آخر يدعي عليه حقا للغائب لم يكلف إعادة البينة على الوكالة ، من قبل أن المسـئلة على أن الوكيل أقام البينة على أن الغائب وكله بكل حق له بالكوفة ، فاذا أقام البينة على هذا لا يجوز للقاضي أن يحكم خاصة على المدعى عليه الحاضر دون غيره ، إذ الحق الذي يدعى على الحاضر نفسه يثبت على الغائب من الخصوم الذين يحضر منهم في الثاني . فاذا كان كذلك يحكم بوكالته على العموم على كل من كان بالكوفة ، إذا ادعى عليه حقا للغائب الموكل ، دينـاً كان أو غير ذلك من الحقوق ، اذا كانت الوكالة التي يدعيها عامـة ، واذا كانت خاصة على الأول ، لم يكن ذلك حكما على غيره بالوكالة .

قال : ولو أن الموكل حضر ليؤكل عند القاضي هذا الوكيل فقال : قد وكلت هذا الرجل بكل حق هـو لي بالكوفة وبالخصـومة في ذلك ، جائز ما صنع ، وليس معهما أحد للموكل قبله حق . فإن كان القاضي يعرف الموكل ويعلم أنه فلان بن فلان الفلاني ، قبل القاضي وكالته وأنفذها للوكيل ، ويكون ذلك قضاء بوكالته على جميع الناس . وإن كان القاضي لا يعرفه ، لم يحكم بوكالته .

فإن أراد الوكيل أن يقيم البينة على أن فلان الفلاني يعني الموكل وكله ، وهذا الرجل والمدعى عليه غير حاضرين ، فإن القاضي لا يسمع من بينته . أما إذا حضر الموكل فإنما جاز له أن يسمع من الموكل بوكالة الوكيل ، لأنه ليس فيه أكثر من اقامة الموكل الوكيل مقام نفسه . وللموكل أن يفعل ذلك ، وللقاضي أن يسمع منه ، حتى إذا غاب الموكل لا يحتاج الى اقامة البينة على الوكالة وأما اذا لم يعرفه القاضي ، فانما لم يقبل منـه ، لأن القضـاء على الغائب لا يصح إلا بالاسم والنسب . والقاضي اذا لم يعرف الموكل هاهنا ، فسمع منه أنه قد وكل هذا الحاضر ، وأنه فـلان بن فلان الفـلاني ، يعني

الموكل ، يجوز أن يكون هذا حيلة منهما فيسمى الموكل نفسه باسم غيره ونسب غيره ، فاذا غاب الموكل جاء الوكيل بغرماء الرجل المسمى به الموكل ، وأخذ منهم حق المسمى باسمه ، وإن لم يكن قد وكل هذا الوكيل بقضاء دينه ، واستيفاء حقوقه ، وهذا لا يجوز ، لأن فيه ابطال حقوق الناس وأما إذا كان القاضي يعرفه لم يمكن أن يحتال على أحد بهذه الحيلة ، لأن هناك لا يقضى بوكالة الغائب لهذا الحاضر بالاسم والنسب على وجه التزوير ، لأن القاضي الموكل باسمه ونسبه فلا يقدر على أن يزور عليه ، وينسب نفسه إلى غير أبيه ، ويسمى نفسه به اسمه ، حتى اذا غاب يأخذ الوكيل غير غرمائه بالحق . ولا يشبه هذا الإقرار بالمال لغيره ، ان للقاضي أن يسمع منه اقراره سواء كان يعرف المقر أو لم يعرفه ، لأنه ليس فى ذلك خوف من الحيلة ، لأن المقر له اذا جاء بغيره فقال : هذا هو المقر لى بالدين ، فان القاضي يعرف أن هذا غير الأول بوجهه ، ولا يحتاج إلى اسمه ونسبه ، فان خالف أن يشتبه عليه أمره حلاه ووصفه فى الكتاب . فما جاء المقر له بانسان فقال : ان هذا المقر لى بالمال نظر فى حليته وصفته ، فلابد من أن يذكر أن توافق حليته ان كان هو المقر ، ويأذن أن ينظر فى الحلية والصفة ولا يتذكر حاله ، أو أن الحلية توافق حلية هذا الذى جاء به ، ولا يكون هذا هو المقر .

فإذا كان مثل هذا لا يقع إلا شاذا نادراً لم يمنع صحة سماع الاقرار بالدين . وفى مسئلتنا الحيلة ممكنة فى كل وقت على الوجه الذى ذكر إن زيداً يجيء ويقول : أنا خالد بن عبد الله وكلت هذا لكل حق هو لى على هؤلاء ، فإذا غاب زيد عن الوكيل ، وجاء بغرماء خالد بن عبد الله فطالبهم بقبض الديون التى لخالد عليهم ، والموكل كان فى الحقيقة زيداً غير خالد ابن عبد الله ، فيحتاج القاضي أن يحكم للوكيل بقبض الديون من غرماء خالد من غير توكيل من خالد إلى هذا ، وهذا لا يجوز ، وأما قبول بينة الوكيل على اسم الوكيل ونسبه ، فلأن البينة لا تقبل على غير خصم ، وليس هناك خصم يدعى عليه حق بالوكالة حتى يسمع بينته عليه ، فلا يلتفت إلى بينته .

فإن غاب الموكل ثم ان الوكيل حضر القاضى [1] ومعه رجل يدعى عليه بحق للموكل ، فأقام بينة أن فلان بن فلان الفلانى وكله بذلك فان القاضى يقبل بينته ، لما بينا فيما تقدم من وكالة الحاضر من الغائب . فإن أراد من القاضى فى هذه الوجوه أن يصح عنده الوكالة ويثبتها بالبينات ، ويأخذ كتابه إلى قاض آخر ، قبل بينته على غير خصم ، وذلك لما بينا فيما تقدم من كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق ، وأن بينة المدعى تقبل على الحق وان كان المدعى عليه غائباً ، لأن هذه البينة لا يقع بها القضاء على الغائب ، وإنما هى كاثبات الشهادة على الشهادة فلا يمنع قبولها .

قال : وقال أبو حنيفة : لو أن رجلا وكل رجلا بقبض حقوقه قبل رجل ، كان الوكيل فى القبض وكيلا فى الخصومة ، ومتى ما جحد المطلوب ذلك الحق فللوكيل أن يقيم البينة على إثباته . وكذلك المطلوب لو ادعى أنه قضى الدين إلى الطالب قبلت بينته على الوكيل بقضاء الدين الى الطالب ، لأنه يصير خصماً ، وان كان وكله بقبض شىء بعينه مثل دار أو عقار أو عبد أو نحو ذلك من الموكل ، فإنه يوقف ذلك ولا يحكم فيه حتى يحضر الموكل .

وقال أبو يوسف ومحمد : الدين والعين فى هذا سواء ، فلا يكون الوكيل فى قبضه وكيلا فى الخصومة ، ومتى جحد المطلوب الحق الذى ادعى عليه الوكيل ، لم يكن الوكيل خصماً فى إقامة البينة على اثبات الحق عليه . وان أقر المطلوب بالحق وادعى قضاءه الى الطالب لم يكن الوكيل أيضاً خصماً فى قبول بينة المطلوب عليه . وان كان وكله بالخصومة فى حقوقه التى بالكوفة كان وكيلا فى الخصومة والقبض جميعاً عندهم جميعاً غير زفر فانه لا يجعله وكيلا فى القبض ، وتحصيل هذه الجملة أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا فى الخصومة عند الجميع ، والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة

---

[1] حضر القاضى بنصب ياء القاضى لا على المفعولية باعتبار الوكيل هو الفاعل للحضور بل على حذف الخافض ، كقولك دخلت الدار فالدار هنا منصوب على حذف حرف الجر وهو يعنى دخلت فى الدار فحذفت فى ونصبت الدار (ط) .

عند أبي حنيفة خاصة ، والوكيل بالخصومة فى العين والدين وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زفر ، فصار مذهب زفر أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة ، لأنه ليس فى قبض العين مايتعلق بالخصومة ، إذ ليس فى قبضه منه تمليك ، ولا معنى من المعانى يوجب أن يكون الوكيل خصماً فيه ، فإذا كان كذلك فعليه أن يثبت الوكالة بقبض العبد المودع أو غيره ، فإذا ثبتت وكالته عند القاضي بمحضر من الذى العبد فى يديه أمره القاضى بتسليم العبد إليه . فان قال الذى العبد فى يديه : هذا العبد لى ، أو ادعى معنى من المعانى يوجب نفى ملك غائب على العبد ، لم يكن الوكيل خصماً فى اثبات العبد ملكاً للغائب ، لأنه غير موكل بذلك ، فليس له أن يخاصمه . وأما إذا كان الحق ديناً فان الوكيل بقبضه وكيل فى الخصومة عند أبى حنيفة ، لأن قبض الدين يتعلق به التمليك ، لأن المطلوب يملك ما فى ذمته للطالب ، ما يقضى اليه أو الى وكيله ، اذ الدين المقضى يثبت فى ذمته الطالب للمطلوب ثم يصير قصاصاً [1] بما كان له على المطلوب ، فيملك كل واحد منهما ما فى ذمته بما كان له فى ذمة صاحبه . فإذا كان قبض الدين يتعلق به التمليك ، كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك . وأما على مذهبهم فإن قبض الدين ــ وإن كان فيه تمليك ــ فان الموكل لم يجعل اليه غير القبض ، فليس له أن يخاصم فى إثبات الدين ، لأن القبض معنى غير الخصومة ، ألا ترى أن الوكيلين فى الخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم ؟ والوكيلين فى القبض ليس لأحدهما دون الآخر ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالتوكيل بأحدهما لا يوجب التوكيل بالآخر .

أما الوكيل بالخصومة فإنما كان وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زفر ، فلأن الخصومة لا تنقطع إلا بقبض الموكل به . فمادام هناك حق للموكل فللوكيل أن يخاصمه ، لأنه وكيل بالخصومة على العموم .

فمتى ما كان هناك ما يتعلق به الخصومة فله الخصومة فيه ، والخصومة

---

(1) وهو ما يسمى فى المصارف بالمقاصة أو يريد ايفاء دين بدين او تنازل عن الحق من الجانبين (ط) .

أبداً باقية لم يحصل القبض ، فينبغى أن يكون وكيلا بالقبض الذى يقطع الخصومة ، والقبض معنى غير الخصومة لما بينا ، فلا يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض .

والجواب أنه لما ثبت عندنا بما ذكرنا أن القبض يدخل تحت الوكالة بالخصومة ، صار موكلا بالتمليك من جهة القبض ، فلا يمنع صحة الوكالة على هذا الوجه ، كما لو نص عليه كان جائزاً .

فصل

وإقرار الوكيل على الموكل بقبض الدين الموكل به جائز عند القاضي ولا يجوز عند غيره فى قول أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف يجوز عند القاضى وعند غيره ، وكان قوله الأول : إنه لا يجوز عند القاضى ولا عند غيره ، وهو قول زفر ثم رجع فقال : يجوز عند القاضى ولا يجوز عند غيره ، وهو قولهما ، ثم رجع عن هذا أيضاً وقال : يجوز عند القاضى وعند غيره . لأبى حنيفة فى أنه يجوز عند القاضى أن الخصومة تنتظم الانكار والاقرار ، لأن القاضى يقول للمدعى عليه : ما تقول ؟ هل لهذا عليك هذا الحق أم لا ؟ فلابد له من نعم أولا . فإذا كانت الخصومة تنتظم المعنيين جميعاً ، كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالاقرار والانكار جميعاً ، إذ قد أقامه مقام نفسه فى الخصومة . وخصومته قد انتظمت المعنيين جميعاً . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز إقراره عند القاضى ، لأن الخصومة ثبتت عنده ، ولا يجوز عند غيره ، لأن الخصومة لا يثبت حكمها عند غيره . فكذا الاقرار الموجب بها .

وأما زفر فانه رد هذه الخصومة إلى الوصى والأب : أن لهما أن يخاصما للصغير ، ولا يجوز إقرارهما ، فدل على أن الخصومة لا تنتظم الاقرار . وإذا كان كذلك لم يجز اقراره على الموكل بحال . والجواب عن هذا لأبى حنيفة أن تلك الخصومة قد استثنى منها الاقرار بدلالة دلت عندنا ، فلذلك لم يجز اقرارهما عليه ، مع كونهما خصمين ، ولم نجد تلك الدلالة هاهنا ، فلا يجوز أن نخص الاقرار من الخصومة بغير دلالة . فان دلت الدلالة هاهنا

على تخصيص الاقرار من الخصومة من جهة لفظ الموكل أنه قال : أن لا يجوز إقرارك علي ، أو غير ذلك من الدلالة ، لم يجز اقراره عليه ـ فأما وليس هاهنا دلالة توجب التخصيص لم يجز لنا أن نخص الاقرار من الخصومة ، ولئن جاز تخصيص الاقرار منهما بغير دلالة ، جاز تخصيص الانكار منهما أيضاً بغير دلالة . فتحصل الخصومة غير منتظمة للانكار والإقرار . وليست هذه صفة الخصومة ـ وأما أبو يوسف فانه ذهب إلى أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ، فكما جاز إقراره عند القاضي وعند غيره ، جاز اقرار الوكيل أيضاً عند القاضي وغيره .

قال الشيخ : وهذا ساقط ، لأن الموكل انما أقام الوكيل مقام نفسه فى الخصومة ، والخصومة لا تكون إلا عند القاضي ، فالاقرار أيضاً لا يجوز الا عنده .

وإذا تقدم رجل الى القاضي فادعى أن فلاناً بن فلان الفلانى وكله بقبض دينه الذى على فلان بن فلان هذا ، وأحضره القاضى معه فأقر الغريم بالدين ، والوكالة . فان إقراره جائز على نفسه ، ويأمره القاضى بدفع الدين إلى الوكيل ، وقد بينا هذا فيما تقدم ، وفرقنا بين الوديعة وبين الدين ، وفرقنا أيضاً بين الوصى وبين الوكيل ، وأنه لا يجوز أن يكون خصماً على الغائب والوكيل .

وإن حضر الطالب وأنكر أن يكون وكل هذا ، كان للغريم أن يحلفه ، يعنى الطالب : بالله ما قبض فلان بن فلان هذا المال من هذا الغريم بأمرك ووكالتك إياه بذلك . فان حلف رجع على الغريم بالدين ، وأخذه منه ، ورجع الغريم على الوكيل فأخذ منه الدين الذى دفعه إليه ان كان قائماً فى يده . وان كان هالكا فالقول قول الوكيل أنه ضاع منه أو أنه دفعه إلى الطالب .

وإنما يحلف الطالب ، لأن المطلوب فى يمينه حقاً وهو براءته من دينه متى ما نكل عن اليمين ، فإن نكل عنه برىء المطلوب ، وان حلف ، لم يبرأ

وضمن له حقه ، ثم يرجع على الوكيل إن كان الدين باقيا فى يده ، لأن الوكيل لم يدع قبضه لنفسه وإنما أخذه للطالب ، وقد أخذ الطالب ذلك منه ، فعليه رد ما قبض الى المطلوب .

وأما إذا كان مستهلكاً فالقول قوله فى الهلاك أو الدفع إلى الطالب ، ولا ضمان عليه للمطلوب ، لأن المطلوب قد صدقه فى وكالته وأنه مستحق لقبضه ، فصار مثلما قلنا فى الوديعة : اذا جاء الوكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع فى ذلك ، ودفع إليه الوديعة ثم جاء صاحبها فأنكر ذلك إن له أن يضمن المودع . لم يكن للمودع أن يرجع على الوكيل بشىء إن كانت الوديعة هالكة ، لأنه صدقه فى استحقاقه بقبضها . كذلك هذا مثله .

قال أبو بكر : وهذا أيضاً على تلك الوجوه الأربعة ، إن صدقه ودفعه إليه ولم يضمنه لم يرجع عليه بشىء ، وان ضمنه مع التصديق رجع عليه ، وان لم يصدقه ولم يكذبه رجع عليه ، وكذلك إذا كذبه وهذان الوجهان يكونان عند غير القاضى ، لأن القاضى لا يأمره بتسليم الدين إليه اذا لم يصدقه ولم يكذبه ، أو كذبه .

قال : وان أقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمين المطلوب : بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض الدين منه ، فلا يمين عليه فى قول أبى حنيفة . وقال الحسن : قال أبو يوسف : حلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض ذلك منه ، وان حلف لم يكن بينهما خصومة ، الا أن تقوم له بينة على الوكالة ، وإن نكل عن اليمين أمر الحاكم بدفع الدين إلى الوكيل ، ولا يكون ذلك قضاء على الطالب لأبى حنيفة أن بذل الوكالة من جهة المطلوب لا يصح ، ولا يكون الوكيل وكيلا عن الغائب بقوله . فلا يجوز أن يحلف على ذلك ، إذ من أصله سقوط اليمين فى كل ما لا يصح بذله من جهة الحكم . وعند أبى يوسف لما كان من أصله أن النكول يقوم مقام الإقرار ، فكل ما كان الاقرار فيه جائزاً فانه يحلف عليه ، غير الحدود والقصاص ، فيحلّف ها هنا أيضاً ، لأنه لو أقر بوكالته جاز كذلك أن يحكم بنكوله ، وان لم يكن ذلك حكماً على الغائب .

قال : وإن أنكر الغريم الدين وأقر بالوكالة لم يكن الوكيل خصماً فى إقامة البينة على المطلوب بدين الطالب ، من قبل أن الوكالة على الغائب لا تثبت بقول المطلوب ، فوجود إقراره بها وعدمه بمنزلة فى باب اثبات خصومة الوكيل فى الدين ، فان أقام الوكيل البينة على الوكالة قبل القاضى بينته ، ويكون ذلك حكماً على الغائب ، وإن كان غير حاضر لسماع البينة ، وهذا ما لا خلاف فيه بين الناس ، أن الحكم على الغائب على هذا الوجه جائز لأن الحاضر لا يتوصل إلى إثبات حقه الا باثبات الحكم على الغائب ، والحق الذى يدعيه لنفسه هو الذى يثبت بعينه على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب ، ألا ترى أن الناس متفقون على جواز الحكم على الميت بالدين وغير ذلك إذا كان هناك خصم عنه من وارث أو وصى أو موصى له ، وذا حكم على الغائب إذ الميت أغيب الناس عن مجلس القاضى كذلك ما ذكرنا مثله .

قال : ولو وكل رجل رجلا بطلب حقوقه ، وقبضها ، والخصومة فيها على أنه لا يجوز عليه اقراره ، ولا صلحه ، ولا تعديل شاهد يشهد عليه بشىء يبطل به حقا له ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة ، لأن الوكالة تنتظم معانى كثيرة ، فاذا جعل إليه بعضها دون بعض وفسرها جاز ذلك ، لأن من جهته يملك التصرف فى ذلك كله ، فله أن يملكه بعضها دون بعض .

فإن أقر الوكيل أن الطالب قبض هذا الحق من الغريم لم يجز ذلك على الموكل ، إلا أنه ليس للوكيل مطالبة الغريم بذلك الحق ، حتى يحضر الموكل فيطالبه أو يوكل غيره ، من قبل أن الوكالة بطلت بقول الوكيل حيث أقر بأن الطالب قد استوفى حقه ، لأن هذا اعتراف منه بأنه لا خصومة بينه وبين المطلوب إذا لم يبق للطالب عليه شىء ، فيعزل عن الوكالة ، وإن لم يصدق على الموكل .

وإن قال : قبضت أنا هذا الحق من هذا الغريم فضاع منى ، أو قال :

دفعه إلىّ الطالب ، فانه يقبل قوله ، ويبرأ المطلوب من ذلك المال ، ويحلف الوكيل على ذلك ، من قبل أن الطالب وإن كان قد منعه من الاقرار عليه فانه لم يمنعه من الاعتراف بقبض الدين ، بل قد وكله بقبضه منه ، فيصح إقراره بقبضه . فاذا قال : ضاع مني أو دفعته إلى الطالب كان القول قوله مثل المودع لأنه أمين . ويحلف على ذلك كالمودع لإسقاط الخصومة .

قال : وليس للوكيل أن يوكل غيره ، من قبل أن الوكالة تقتضي الخصومة والاقضاء فى طلب حق الموكل ، ولا يقتضي غير ذلك ، فلا يجوز أن يجعل الأمر إلي غيره ، لأن الموكل لم يرض برأى غيره . وأيضاً فإن الوكالة عقد للإباحة ، فليس له أن يوكل غيره ، كما ليس للمباح أن يبيح المباح لغيره ، وإنما له أن يستعمله هو أو يدعه . كذلك هذا مثله . فإن قال الموكل له : أجزت أمرك فى ذلك وما تصنع فيه من شيء ، كان له أن يوكل غيره مثل ما قلنا فى المباح إذا جعل المبيح أمره فى ذلك إليه كان له أن يبيح لغيره ، وكذلك هذا ، لأنه قد أجاز أمره على نفسه فيما صنع .

وليس لوكيله أن يوكل غيره كما لم يكن للوكيل أن يوكل غيره إلا بأن جعل الموكل أمره إليه ، كذلك الثانى مثله .

قال : فان مات صاحب الحق بطلت وكالتهما . من قبل أنهما جميعاً وكيلا الطالب ، فموته يوجب عزلهما جميعاً لانقطاع أمره بالموت .

وإن قيل : ولم موت الموكل يوجب بطلان وكالة الموكل ؟ فهلا قلنا : إن الأمر انما احتيج اليه فى انعقاد الوكالة ، فاذا انعقدت لم يحتج فى بقائها الى دوام الأمر ؟ . قيل له : ليس كذلك لأن الوكالة إنما هى اباحة بجواز تصرفه وقتاً بعد وقت وحالا بعد حال ، وليست عقداً يستحق به شيئاً على الموكل ولا على الوكيل ، فيبطل عند ارتفاع أمر المبيح . ألا ترى أن العارية التي هى تمليك المنافع ترتفع بارتفاع أمر المعير ؟ فكيف الوكالة التى ليس فيها تمليك ، فإن قيل : فهلا جعلت الوكيل الثانى وكيلا للأول دون الموكل قيل له : ليس كذلك لأن الوكيل مأمور بوكالة الثانى ، فصار كالرسول

والمغير إذا عقد عقد الوكالة ، انه يكون واقعاً للوكيل دون العاقد ، كما قلنا فى الرسول بعقد البيع ، وكالوكيل بالعقد والطلاق ، والمعنى الجامع بينهما أنه لا يتعلق فى شيء من هذا حقوق العاقد ، كذلك الوكالة .

قال : فان لم يمت الطالب ، ولكن مات الوكيل فالثانى على وكالته ، لما بينا أن الوكيل والثانى جميعاً وكيلا الطالب . فموت أحدهما لا يوجب عزل الآخر .

وكذلك لو أن الطالب أخرج الأول من الوكالة لم يخرج الثانى من الوكالة . وكوكيلى الطالب إذا عزل أحدهما لم ينعزل الآخر .

وإن أخرج الوكيل الأول الوكيل الثانى من الوكالة ، فهو جائز ، ويخرج منها من قبل أن الموكل قد جعل الأمر إليه فى عزله وتوكيله بقوله : قد جعلت الأمر إليك فى جميع ما تصنع ، وليس هذا لأجل أن الثانى وكيل الأول ، وإنما هو المعنى الذى ذكرنا من جعل الأمر إليه فى العزل وغيره ، مثل الموكل اذا قال لرجل : قد جعلت الأمر فى عزل هذا اليك ، فللرجل أن يعزل الوكيل، كذلك هذا .

فإذا ثبت الحق المطلوب فقال للقاضى : حلّف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قبضه منى ، فلا يمين على الوكيل من قبل أنا لو حلفناه فى ذلك لحلفناه عن الطالب ، ويمينه لا تنوب عن الطالب بدلالة أنه متى قدم فللمطلوب أن يحلفه ، وإن كان قد حلف الوكيل على ذلك . فاذا كانت يمينه لا تنوب عن يمين الطالب لم يجز أن يحلف عنه .

قال : وإذا وكل رجل رجلين بطلب حقوقه والخصومة فيها فان حضر أحدهما ومعه خصم يطالبه فهو وكيل فى خصومته ، وإثبات الحق عليه ، الا أنه ليس له أن يقبض الحق دون صاحبه ، لما بينا أن أحد الوكيلين خصم فى إثبات الحق ، وليس له قبضه دون صاحبه ، لأن الخصومة لا تتأتى منهما جميعاً فى حال واحدة ، فهما لو حضرا جميعاً لم يخاصم إلا واحد ، لأن

مخاصمتهما معاً تمنع من أن يفهم القاضى عنهما ، لأن كلامهما يختلط ، فلذلك كان له أن يخاصم مع غيبة الآخر ، ألا ترى أن حضوره معه من غير أن يخاصم ليس بخصومة ، ومع ذلك فقد جاز للآخر أن يخاصم عنه ؟

كذلك إذا غاب هو فللآخر أن يخاصم عنه . وأما القبض فإنما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به لأن فيه معنى التمليك ، فيحتاج فيه إلى الرأى ، والموكل لم يرض برأى أحدهما .

قال : ولو أن رجلا قال : فلان وكيلى فى كل شىء فهو وكيل فى الحفظ دون البيع والشراء ، من قبل أن الوكالة أصلها فى اللغة الحفظ قال الله تعالى : « وهو على كل شىء وكيل » [1] يعنى حفيظ ، ويقال فلان موكل على فلان ، أى حافظ عليه ، فإذا كان كذلك ، فالحقيقة فى الوكالة إنما هو الحفظ ، وفى الشراء والبيع والتصرف إنما مستعار ، وقد صار متعارفاً أيضاً ، فاذا أطلق اللفظ كان محمولا على الحقيقة دون غيره إذا كان مستعملا متعارفاً . فان قال : وكيلى فى كل شىء جائز أمره ، فهذا وكيل فى الحفظ والتصرف أيضاً ، وله أن يهب ويتصدق أيضاً ، لأنه قد جعل الأمر إليه فى كل شىء ، وجعله جائز الأمر ، وجواز الأمر يستعمل فى الإذن فى التصرف ، فوجب أن يجوز ذلك كله .

قال : ولو أن رجلا ادعى أن فلاناً بن فلان وكله ووكل فلان بن فلان الفلانى الغائب ، بكل حق هو له على فلان ، رجل بعينه ، والخصومة فى ذلك والقبض منه ، وأقام على ذلك بينة ، فان القاضى يقبل ذلك منه ، ويكون قضاء باثبات وكالة الغائب إذا لم ينكره إذا قدم من قبل أن الحاضر لا يتوصل الى اثبات وكالة نفسه ، الا باثبات وكالة الغائب ، فيكون خصماً فى إثبات وكالته ووكالة الغائب ، إذا كان الحق الذى يثبته لنفسه هو الذى يثبت على الغائب ، ولا يتوصل إلى اثبات حق نفسه الا باثباته على الغائب ، وهو خصم فى إثبات حق نفسه ، ثبت حق الغائب أيضاً ،

---

(١) سورة الأنعام : ١٠٢

مثل أحد الوارثين إذا أثبت تركة الميت كان ذلك ثابتاً له ولشريكه ، كذلك مثله ، لأنه لا يملك أحدهما التصرف دون صاحبه ، وكذا أحد الوصيين عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف لا يكون إثبات وصية الحاضر إثباتاً لوصية الغائب ، لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر ، وفرق بينهما وبين الوكيلين لأن تصرف الوصى من جهة الولاية ، وتصرف الوكيلين من جهة الأمر ، فلا يعدو غير ما جعل إليه ، فلذلك افترقا .

وإن قدم الوكيل الغائب وادعى الوكالة أنفذها القاضى ولم يكلف اعادة البينة ، لما بينا أن إثبات وكالة الحاضر اثبات لوكالته أيضاً ، وان جحد الوكالة لم يكن للوكيل الحاضر أن يقبض شيئاً من الدين بهذه الوكالة ، لأنه معترف بأن لا سبيل له إلى قبض الحق حيث ادعى أن معه وكيلا آخر .

قال : ولو كان الحاضر أقام البينة أن فلاناً بن فلان الفلانى وكله ووكل فلاناً الغائب بمطالبة فلان بحقوقه قبله والخصومة على أن يقوم كل واحد منهما بذلك على انفراده ، جائز أمره ، فان القاضى ينفذ شهادتهما ، ويكون هذا الوكيل الحاضر خصماً فى جميعه ، وله أن يقبض ، فان لم يقبض شيئاً حتى قدم الغائب فادعى الوكالة ، وأراد أن يقبض شيئاً من الغريم ، فان القاضى يكلفه إعادة البينة على الوكالة ، من قبل أن الحاضر إنما ادعى أن كل واحد منهما وكيل بانفراده ، فلا يكون فى اثبات وكالته اثبات وكالة الغائب ، لأنه حكم على الغائب من غير خصم . إذ ليس فى إثبات وكالة الحاضر اثبات لوكالة الغائب ، وفى الفصل الأول وكالتهما جميعاً وكالة واحدة ، فاثبات وكالة الحاضر اثبات للغائب فلذلك افترقا .

قال : فان حضر الغائب فأنكر الوكالة أو ادعاها إلا أنه لم يكن له بينة على إثباتها فللوكيل الحاضر أن يخاصم ويقبض حق الموكل ، لأنه قد ثبت أنه وكيل على حدة ، فعدم وكالة الآخر لا يقدح فى وكالته .

ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى فقال : إن لفلان بن فلان الفلانى على هذا ألف درهم ، وقد وكلنى فلان بطلب كل حق هو له ، وبقبضه والخصومة

فيه ، وأقام على ذلك بينة ، فإن أبا حنيفة قال : لا أقبل هذه الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة ، فاذا ثبتت الوكالة دعوت بالبينة على المال .

وقال أبو يوسف : أقبل الشهادة على الأمرين جميعاً ، فان عدلت البينة قضيت له بالوكالة ، وقضيت على المطلوب بالمال ، وكذلك الوصي يقيم البينة على وصيته من رجل ويقيم البينة على مال المطلوب فى مجلس واحد ، وكذلك الوارث يدعى أن أباه مات ولا وارث له غيره ، وأن على الرجل الذى حضر معه ألف درهم ، فأحضر بينـة على نسـبه وعلى وفاة أبيه ، وأنه وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، وتشهد لأبيه بالمال على الرجل ، فهو بمنزلة الوكيل، وكذلك لو ادعى الوارث لأبيه داراً فى يدى رجل أو ضيعة أو غير ذلك ، فأحضر على ذلك شهوداً فشهدوا بموت أبيه ، وأنهم لا يعلمون وارثا غيره ، وشهدوا أن ذلك الشيء لأبيه وفى ملكه حتى مات وتركه ميراثاً ، فان القاضي يقبل ذلك كله ويثبته ، فاذا عدلت البينة حكم بذلك كله فى قول أبى يوسف على ما قال الخصاف .

قال رحمه الله : قد ذكر محمد هذه المسائل من غير خلاف أنه يقبل ، وذكر الخصاف هاهنا أنه لا يقبل فى قول أبى حنيفـة . وهـذا أقيس على أصولهم ، لأن هاهنا خصومتين ، إحداهما : إثبات الوكالة والوصية والنسب وغير ذلك .

والثانية : اثبات المال ، والخصـومة فى اثبات المال مرتبـة على الوكالة ونحوها مما ذكرنا ، لأنه ما لم يقم البينة على كونه خصماً ، لم تقبل بينته على اثبات المال ، كما لا تقبل بينة من ليس بخصم على إثبات شيء للغير ، وهذا كما قالوا فى العيب : إن المشترى اذا ادعى أن بالعبد المشترى عيباً وأراد رده به لم تقبل خصومته فى الرد حتى يثبت العيب ، لأن الخصومة فى الرد مرتبة على الخصومة فى إثبات العيب ، فلا يجوز أن تقبل الخصومة فى الرد حتى يثبت العيب ، كذلك هاهنا وجب أن يثبت أنه خصم أولا ثم يثبت الدين ، وهذا بين لا إشكال فيه . وقد تقدم الكلام فى هذا على الاضطراب، لأنا بينا المسائل على أن قول أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف ، وأنه يفرق بين

الرد بالعيب وبين هذه المسائل . والآن وقد اتضحت المسائل على أصله ، وأنه اعتبر فيها كلها معنى واحد .

وأما أبو يوسف فانه استحسن قبول البينة على الوكالة وثبوت المال فى مجلس واحد ، فاذا عدلت البينة حكم بالوكالة أولا ثم بالمال حتى يكون إثبات الخصومة متقدماً لإثبات المال .

باب الشهادة على الوكالة

قال الخصاف : (وشهادة ابنى الوكيل على الوكالة غير جائز وكذلك شهادة أبوى الوكيل) قال الجصاص : كما قلنا فى سائر الحقوق من الأموال وغيرها ، وكذلك شهادة ابنى الطالب وأبويه لأنهما يشهدان لأبيهما بالوكالة على المطلوب ، فلا يجوز وكذلك شهادة امرأة الوكيل وامرأة الطالب ، وكذلك شهادة مولى العبد للعبد ، ومولى المكاتب للمكاتب كما قلنا فى الأموال .

ولو شهد للوكيل شاهدان ، أحدهما : أن الطالب وكله بقبض دينه من هذا الرجل ، وآخر شهد أنه جراه فى ذلك فهو سواء،لأن الجرى هو الوكيل، فهما عبارتان عن معنى واحد ، فلا يمنع صحة الشهادة . وكذلك لو شهد أحدهما أنه وكله فى قبضه وشهد الآخر أنه سلطه على قبضه فالشهادة جائزة ، لأن الوكيل مسلط على القبض ، فلا فرق بين الشهادة بالقبض وبين التسليط عليه . وكذلك لو شهد واحد أنه جعله وكيلا فى قبضه وشهد الآخر أنه جعله وصية فى حياته فى قبضه فهو سواء ، لأن الوصى فى حياته هو الوكيل فيكون المعنى واحداً .

فصل

ولو شهد أحدهما أنه جعله وصية فى قبضه ، ولم يقل : فى حياته ، لم يجز . لأن الوصى على الإطلاق إنما هو المتصرف بعد موت الوصى ، فلم يجتمع الشاهدان على جواز تصرفه فى حال حياة الموكل . ولو شهد أحدهما

أنه وكله بقبض دينه من فلان وشهد الآخر أنه وكله بتقاضيه أو بطلبه منه فهو جائز . لأن الوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض ، والوكيل فى القبض وكيل فى التقاضي ، فكل واحدة من العبارتين تقتضي معنى القبض والاقتضاء ، فيجوز لوكيله أن يخاصمه فى إثبات الدين عليه إن جحد على قول أبى حنيفة ، لأن الوكيل بالقبض وكيل فى الخصومة عنده ، وعندهما ليس له أن يخاصمه فى إثبات الدين إن جحد ، وقد بينا هذا .

وكذلك لو شهد أحدهما بقبضه وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه ، أو أنه أرسله فى أخذه ، جازت شهادتهما فى الأمر ، والرسالة بالأخذ والقبض ولا يكون وكيلا فى الخصومة عندهم جميعاً فى هذا الموضع من قبل أن الأمر بالأخذ بمنزلة الرسالة عندهم ، والرسول بالقبض لا يكون له أن يخاصم عندهم جميعاً فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا شهد أحدهما على الوكالة بالقبض وشهد الآخر على الأمر بالأخذ ، فلم يتفق الشاهدان على الوكالة بالقبض واتفقا على الأمر بالأخذ ، لأن كل وكالة تحت الأمر وليس كل أمر تحته وكالة فإذا كان كذلك صار الشاهد بالوكالة بالأمر بالقبض ، والشاهد بالأمر بالقبض لم يشهد بالوكالة ، وإنما شهد بالأمر بالقبض ، فيحكم بشهادة بالأمر بالقبض ولا يحكم بالوكالة . فلذلك لم يكن خصماً فى إثبات الدين عند أبى حنيفة .

فصل

فإن شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار الى قاضى الكوفة، وشهد الآخر أنه وكله بالخصومة فيها الى قاضى البصرة ، فالشهادة جائزة لأن خصومته إلى قاضى البصرة أو قاضى الكوفة ليس من شرط الوكالة ، ولا يتعلق بها حكم ، فلا اعتبار بهذا ، فصار كأنهما لم يشهدا إلا بالوكالة بالخصومة ، ولم يشهد أنه يخاصمه فيها إلى قاضى الكوفة أو البصرة ، لأن للوكيل أن يخاصمه إلى أيهما شاء ، فلا اعتبار بذكر القاضى ، وهو مثل ما يقول فى شهادة أحدهما : انه أقر لفلان بألف درهم يوم الجمعة ، وشهد

الآخر أنه أقر له يوم الخميس بألف درهم ، ان الشهادة ثابتة على الألف وان اختلفا فى وقت الاقرار ، لأن كون الوقت لا يغير الحكم كذلك هذا .

قال : وان شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة الى فلان الفقيه ، وشهد الآخر أنه وكله الى فلان الفقيه ـ رجل آخر ـ فان هذا لا يجوز وليس هذا كالباب الأول من قبل أن الخصومة لا تكون عند الفقهاء ، وانما تكون عند القضاة فهو لما جعل اليه الوكالة بالخصومة الى الفقيه جعل التحكيم والمصالحة الى الفقيه ، فلا يجوز للوكيل العدول الى غيره ، فاذا كان هذا مقتضى الوكالة بالخصومة الى الفقهاء ، صارت شهادة أحدهما بالوكالة الى فلان الفقيه ، بمنزلة الشهادة بالوكالة على أن يصالحه فلان الفقيه ، وشهادة الآخر أنه وكله أن يصالحه الفقيه الآخر ، فلا تجوز .

باب ما لا تجوز فيه الوكالة

والوكالة فى الحدود لا تجوز . لأن الحد يسقط بالشبهة ، فلا يجوز فيه الأبدال بدلالة أن الشهادة على الشهادة فيه غير جائزة وكذلك شهادة النساء مع الرجال لا تقبل لكونها بدلا عن شهادة رجل ، فكذلك الوكيل لما كان يقوم مقام الموكل لم يجز . وأيضاً فان حالة اقامة الحد آكد من حال الاثبات ، لأن الحد انما يثبت للاقامة فلما اتفق الجميع على أن الأبدال فى الإثبات لا يصح ، أعنى لا يجوز أن يثبت بشهادة النساء مع الرجال التى هى قائمة مقام رجل واحد ، ولا الشهادة على الشهادة ، ففى اقامة الحد أحرى أن لا يصح فيه البدل ، وأيضاً لم يختلفوا على أن الخصم الذى يقام عليه الحد لا يجوز أن يؤخذ منه بدل فى اقامة الحد عليه ، كذلك الخصم الآخر .

والقصاص فى هذا مثل الحدود لكونه مما يسقط بالشبهة . وأما اثبات الحد فان أبا حنيفة قد جوز أخذ الوكيل فيه لأنه ليس فيه اقامة الحدود ، وانما هو سبب من أسبابه ، ويجوز فى السبب ما لا يجوز مثله فى الحد . ألا ترى أن شهادة النساء من الرجال جائزة فى الاحصان ، وان كان الاحصان من شرائط وجوب الرجم عند الزنا وسببا من أسبابه ؟ . كذلك يجوز فى

الإثبات ما لا يجوز فى اقامة الحد . وأيضاً لما لم يكن فى الإثبات اقامة الحد وانما هو الخصومة والمطالبة بالحق كسائر الحقوق التى لا تسقطها الشبهة . وأما عند أبى يوسف ومحمد ، فإن الوكالة فى الاثبات لا تصح ، لأنه به يتوصل الى اثبات الحد ، فلا يجوز أن يقوم الغير بدلالة شهادة النساء ، والشهادة على الشهادة .

قال : وكذلك يشترى عبداً فيجد به عيباً فيوكل وكيلا فى رده ، إن وكيله لا يقدر على رده حتى يحضر المشترى فيحلف : بالله ما رضى بالعيب ولا أبرأه منه ، ولا عرضه على بيع منذ علم بالعيب . قال الشيخ : وهذا خلاف ما قال محمد فى الأصول أن للوكيل أن يرده على البائع ما لم يدع البائع رضاء المشترى . وذكر أبو نصر البخارى القاضى بحضرة الشيخ أن أبا الحسن ابن زياد روى عن أبى حنيفة بمثل هذا فقال : ليس له أن يرده ، وإن لم يدع البائع رضاء المشترى بالعيب حتى يحضر المشترى فيحلف . قال الشيخ ووجهه أن جعل اليمين ها هنا حقا للبائع ، وإن لم يدع البائع ، كما قالوا فى القاضى أنه يحلف المشترى اذا أراد أن يرد المبيع على الميت . والوجه فى هذا أن للقاضى أن يحتاط فى مال الميت فيحلف المشترى : بالله ما رضيت بهذا العيب ، وأما ها هنا فإن الحق للبائع وهو حى ، فإذا لم يدع وجب أن لا يثبت له هذا الحق . والصحيح ما قال محمد من قبل أن حق الرد قد وجب على البائع فلا يسقط عنه فى الحال ما لم يدع سقوطه ، فإذا ادعى ذلك حينئذ يؤمر باحضار المشترى حتى يحلف على دعواه ثم يرده .

باب الرجل يريد سفراً وهو مطلوب فيوكل

(ولو أن رجلا أراد سفراً فطالبه رجل بحق يدعيه قِبله ، فقال المطلوب : أنا أوكل وكيلا بخصومته جائز ما قضى به عليه وكفيل بما قضى عليه لهذا الطالب ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ويجبر الطالب على قبول ذلك إن أبى سواء كان الكفيل والوكيل رجلا واحداً أو اثنين) من قبل أن القاضى منصوب لايصال كل ذى حق الى حقه . فاذا قدر على ايصال الطالب الى حقه لم يجز له أن يمنع المطلوب عن السفر . وها هنا يصل الطالب إلى حقه

لأنه يخاصم الوكيل فيما يدعى على المطلوب . فإذا ثبت الحق حينئذ يأخذه منه ان كان كفيلا ، وان كان الكفيل غيره أخذه منه أيضاً ، وليس الوكيل ها هنا كوكيل الحاضر فى قول أبى حنيفة أنه لا تجوز وكالة الحاضر من قبل أن الحاضر يلزمه الحضور إلى عند القاضى فى وقت الخصومة ، والغائب الذى يسافر سفر ثلاثة أيام لا يلزمه الحضور إلى عند هذا القاضى . فإذا كان كذلك فارق السفر الحضر ، إذ قد لزمه الحضور عند هذا القاضى فى حال الحضر ، فيكون الحضور حقا للطالب ، فلا يجوز للمطلوب أن يسقطه عند نفسه إلا برضاء خصمه ، وفى حال السفر هذا الحق ساقط عنه فلذلك افترقا .

قال : (وليس للوكيل أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب) ليس للوكيل ولا للمطلوب أن يخرج الوكيل من الوكالة بغير محضر من الطالب إذا كان الطالب هو الذى أخذه منه سواء كان بمحضر من القاضى أو بمحضر غيره ، لأن الوكالة قد صارت حقا للطالب إذا كانت على هذه الصفة ، وتعلق بها حق الخصومة ، فلا يكون للوكيل أن يسقط عن نفسه ذلك ، ويحيل به إلى غيره ، كالكفيل ليس له أن يخرج نفسه من الكفالة بغير محضر من المكفول له ، كذلك هذا .

قال : (وإن أخرجه من الوكالة بمحضر من الطالب فاخراجه اياه جائز ، وللطالب أن يأخذه باقامة وكيل أو يقيم ولا يخرج فيخاصمه بنفسه) من قبل أن حق الطالب انما هو الخصومة ، فاذا أخرج المطلوب الوكيل من الوكالة أو أخرج الوكيل نفسه برضاء الطالب فانه يجوز ذلك ، وللطالب أن يأخذ المطلوب بحقه حتى يقيم غيره مقامه ، أو يقيم بنفسه فيخاصمه هو ، ويوصل الطالب إلى حقه ، وإنما كان للمطلوب أن يعزل الوكيل وان سخط الطالب ، لأن حق الطالب انما هو الخصومة ، وليس فى عزل الوكيل اسقاط خصومة الطالب .

قال : (ولو جاء المطلوب إلى القاضى وليس الطالب حاضراً فقال : قد

كنت وكلت هذا بخصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وهذا الوكيل يريد سفراً ، أو قال : اتهمه أن يقر على بشىء يلزمنى إقراره ، وقد أخرجته من وكالتى ووكلت هذا الآخر لرجل آخر أحضره إلى القاضى وقبل الوكيل الوكالة ، فانه ينبغى للقاضى أن يأمره أن يحضر الطالب حتى يوكل هذا بحضرته . فان طلبه فلم يقدر عليه أثبت القاضى الوكالة وأخذ من الوكيل الثانى كفيلا لكيلا يغيب عن الطالب . فاذا توثق من الوكيل الثانى فان الأول يخرجه من الوكالة ، والثانى خصم للطالب) .

أما إحضار الطالب أولا ، ان قدر عليه ، فلأن الخصومة حق له ، والأحسن أن ينصب الخصم بحضرته ، وأما إذا تعذر على المطلوب احضاره فانما جاز للقاضى أن يخرج الوكيل الأول من الوكالة ، ويقيم الثانى مقامه ، لأن حق الطالب إنما هو الخصومة ، وقد رضى فى الابتداء أن يقام مقام الوكيل غيره ، أو قد لزمه ذلك من جهة الحكم . والثانى : فليس له أن يمتنع من ذلك ، ألا ترى أن الطالب لو حضر عند القاضى مع المطلوب وأخرج المطلوب الوكيل من الوكالة لم يكن للطالب أن يمنعه من ذلك .

كذلك إذا كان غائباً فأقام غيره مقامه . قيل للشيخ : فهل للمطلوب أن يقيم غيره مقامه وكيلا عند القاضى إذا أراد سفراً ، والطالب غائب ، فقال : نعم ، لأنه ليس للطالب حق الاحضار فى حال السفر ، فاذا أقام مقام نفسه من يخاصم عنه متى شاء لم يكن فيه إبطال حق الطالب .فاذا كان كذلك ففى مسئلتنا أحرى أن يجوز .

قال : (وكذلك لو جاء إلى الشهود فقال : كنت أشهدكم على وكالتى لهذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وقد أخرجته من وكالتى هذه ووكلت فلان بن فلان هذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى ، وقبل الوكالة بمحضر من الشهود ، فان هذا مثل الأول) لأن الطالب لم يتعلق له على الوكيل حق لازم بعد ، كما يلزم الكفيل للمكفول له . فلا فرق بين الوكيل الأول والثانى فى خصومته إياه .

قال : (فإن حضر الوكيل الأول والثاني والطالب وهؤلاء الشهود عند القاضي فشهد الشهود على وكالته إياه ، وعلى إخراجه الأول من الوكالة ، فانه يقبل الشهادة فى ذلك ويخرج الأول من الوكالة ، ويكون الثانى وكيلا فى خصومته) فلا فرق بين أن يخرج المطلوب الوكيل الأول من الوكالة عند القاضي أو عند غيره ، كان الطالب حاضراً أو غير حاضر ، قبل أن يستبدل بالوكيل الأول غير عند القاضى أو عند الشهود الذين هم شهود على وكالة الوكيل ، لأنه اذا أخرجه عند غير الشهود ، أو عند غير القاضى ولم يحضر الشهود ، لم يصح إخراج الأول من الوكالة ، لأن الشهود إن شهدوا على وكالة الأول ، فيقضى عليه القاضى بوكالته اياه ، فلهذا شرط الشهود والقاضى لا لشيء آخر .

قال : (وإن كان الخصم قد ثبت حقه على الوكيل الأول ببينة أقامها ثم أخرجه الموكل من الوكالة وكل غيره ، فان ذلك جائز) من قبل أن الحق إذا ثبت فانه لا يلزم الوكيل ايفاؤه ، وانما لزم الموكل أن يؤديه اليه ، وانما ينتظم الوكالة الخصومة فى الإثبات والنفى مع الطالب ، فاذا أثبت الطالب حقه ببينة ثم عزله الموكل ، وأقام غيره مقامه ، قضى القاضى بالحق على الوكيل الثانى . كما أن الوكيل الأول لو مات بعد ما سمعت الشهادة عليه ، كان للقاضى أن يقضى بذلك السماع على الموكل . وكذلك يقضى على الثانى إذ هو قائم مقام الأول .

قال : (ولو كان الموكل جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يوكل غيره ، كان جائزاً وله أن يوكل غيره) لأن الوكالة بعقد الوكالة على غيره جائزة كما تجوز بعقد البيع وغيره .

قال : (وإن أخرج الوكيل الثانى من الوكالة كان جائزاً سواء كان ذلك بمحضر من الطالب أو لم يكن) أما عزل الأول للثانى وإن كان الثانى وكيلا للموكل الأول دون الوكيل الأول عندهم فلما بينا فيما تقدم أن عزله للوكيل الثانى من جهة جعل الأمر إليه فى التوكيل والعزل ، لا لأن الثانى وكيل الأول فاذا كان كذلك وجب أن يجوز هذا كما جاز للموكل أن يوكل ويعزل وكيله

عن الوكالة . وأما حضور الطالب وغيبته فهو سواء لما بينا ، لأن الأول على وكالته ، فيصل الطالب إلى حقه معه .

قال : (ولو وكل وكيلا ببيع عبد وقد جعل إليه أن يوكل غيره ، فوكل الوكيل غيره ببيعه ، فباعه الثانى ثم استحق ورجعوا بالثمن عليه ، فانه يرجع بالثمن الذى ينقده على الوكيل الأول) . وقد جعلوا الوكيل الثانى وكيلا للأول فى هذا الموضع ، وفرقوا بين هذه الوكالة ، وبين الوكالة فى مسئلتنا ، من قبل أن فى الوكالة الأولى لا يتعلق حقوق العقد بالعاقد ، وقد شبهناها فيما مضى بالاباحة ، وها هنا إذا كان وكيلا بالبيع فانه يتعلق به حقوق العقد ، ولأنه لو حلف الوكيل الثانى بأنه لا يبيع للوكيل شيئاً ، فباع العبد له على هذا الوجه كان حانثاً ، وفى المسئلة الأولى ليس كذلك ، فلذلك افترقا.

قال : (ولو أن المطلوب أو الوكيل الأول وكل الثانى بغير محضر من الثانى ــ والطالب حاضر ــ فللطالب أن لا يقبل هذه الوكالة) لأن الطالب لا يأمن أن لا يقبل الغائب الوكالة ، فيبقى بلا خصم يخاصمه فى إثبات الحق .

قال : (ولو أن المطلوب وكل الثانى وقبل الوكالة ، ثم أقر على المطلوب بالدين ، فحكم إقراره كحكم إقرار الأول لو أقر) على ما بينا من الاختلاف فيه بين أصحابنا : إن عند أبى حنيفة ومحمد يجوز اقراره عند القاضى ، ولا يجوز عند غيره ، ويجوز عند أبى يوسف عند القاضى ، وعند غيره ، وعند زفر لا يجوز على كل حال ، وقد بينا فيما تقدم .

قال : (ولو أن المطلوب وكل الوكيل فى خصومة هذا الطالب وليس الوكيل بحاضر ، وأشهد على وكالته ، ورضى بذلك الطالب ، فقبل الوكيل الوكالة حين بلغه ، فانه يجوز وثبتت الوكالة ، وليس للمطلوب أن يخرجه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب أو يستبدل على ما وصفناه) من قبل أن عقد الوكالة عقد إباحة وليس بعقد تمليك ، فيجوز أن يوقف على ما بعد المجلس عندهم جميعاً إذا لم يكن الوكيل القابل فى المجلس ، بدلالة ما قالوا جميعاً فى الاباحة إذا قال الرجل : قد أبحت هذا الطعام لفلان ، وفلان غائب

عن المجلس ، فبلغه ذلك فأكل الطعام بعد ذلك ، إنه يجوز ولا يضمن ، كذلك هذا .

والأصل فى جواز الاباحة على ما بعد المجلس ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أمر ناجية الأسلمى أن يذبح ما يعطب عليه ويصبغ نعله بدمها، ويضرب بها صفحتها ، ويخلى بينها وبين الناس ، ولم يأمره بأن يقف حتى يأكل المباح له أو يفرقه عليهم حتى تقع الاباحة أو يقبلوا ذلك منه بالقول ، فصار هذا أصلا فى جميع المباحثات .

قال : (وإن أشهد الموكل شهوداً أنه قد أخرج الوكيل من الإقرار عليه بشيء وحجر عليه فى ذلك وليس الطالب بحاضر لذلك فاخراجه إياه من الإقرار عليه جائز . وكذلك لو كان الموكل قد جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يقيم غيره مقامه من الوكلاء ثم أشهد عليه : بأنى قد حجرت عليه فى أن يوكل على من أحب ، فذلك له وإن لم يكن الطالب حاضراً — وهذا قول محمد — وروى عن أبو يوسف أنه قال : ليس له أن يخرج الوكيل من الإقرار عليه ، إلا بمحضر من الطالب إذا كان فى الابتداء قد وكله وكالة مطلقة ولم يحجر عليه فى الاقرار ، أو وكله وجعل اليه أن يوكل عليه من رأى ثم أراد أن يحجر عليه بعد ذلك) .

إنما وجه قول محمد فلأن جواز الإقرار على الموكل وتوكيل الغير ليس بحق للطالب بدلالة أن الطالب لو قال فى الابتداء : لا أقبل إلا وكيلا يجوز اقراره عليك وتوكيله غيره لم يلتفت الى قوله . ولا يلزم المطلوب أن يوكل وكيلا يجوز اقراره عليه وتوكيله عليه . كذلك بعد ما جعل اليه ذلك — الى الوكيل — كان له أن يحجر عليه فى ذلك ، إذ ليس ذلك بحق للطالب ، وإنما حق الطالب الخصومة فقط . وأما أبو يوسف فإنه ذهب الى أن الاقرار وجواز توكيل الغير قد تعلق به حق الطالب ، فان لم يكن له فى الابتداء ذلك فليس للطالب أن يحجر عليه فى ذلك ، كما ليس له أن يحجر عليه فى الوكالة بالخصومة ما لم يحضر الطالب ، إلا أن يستبدل به غيره .

كتـــاب الغصب

قال المصنف رحمه الله تعالى

الغصب محرم لما روى ابو بكرة قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ((ان دماءكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا)) . وروى أبو حميد الساعدى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه)) .

(فصـــل) ومن غصب مال غيره ، وهو من اهل الضمان فى حقه ضمنه ، لما روى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((على اليد ما أخذت حتى ترده)) .

(فصـــل) فان كان له منفعة تستباح بالاجارة فأقام فى يده مدة لمثلها اجرة ضمن الأجرة لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة ، فضمن بالغصب كالأعيان .

(فصـــل) فان كان المغصوب باقياً لزمه رده ، لما روى عبد الله ابن السائب بن يزيد عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً او جاداً ، فاذا أخذ احدكم عصا أخيه فليردها ، فان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين الرد ، لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته)) .

وقال ابو ثور من اصحابنا : يضمن كما يضمن زيادة العين ، وهذا خطأ ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب . والقيمة لا تدخل فى الغصب ، لأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين ، وانما حقه فى العين ، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شىء .

(فصـــل) وان تلف فى يد الغاصب او أتلفه لم يخل ــ اما ان يكون له مثل او لا مثل له ــ فان لم يكن له مثل ــ نظرت ، فان كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ــ ضمنه بالقيمة . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من أعتق شركا له فى عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه . وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، والا فقد عتق عليه ما عتق)) .

فأوجب القيمة في العبد بالاتلاف بالعتق ، ولأن ايجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة ، فكانت القيمة اقرب الى ايفاء حقه وأن اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها ، كالحالة التي غصبه فيها ، وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه ، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده ، وان كان من جنس الأثمان - نظرت ، فان لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة ، فان كان نقد البلد من غير جنسه ، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه - ضمن بالقيمة ، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي الى الربا . فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان ، وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا ، وان كانت فيه صنعة - نظرت . فان كانت صنعة محرمة - ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة ، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها ، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته ، لانه لا يؤدي الى الربا .

وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان :

(احدهما) يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدي الى الربا .

(والثاني) أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت ، وهو الصحيح ، لأن الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي الى الربا ، وان كان مخلوطا من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما .

(فصـــل) وان كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل ، لأن ايجاب المثل رجوع الى المشاهدة والقطع . وايجاب القيمة رجوع الى الاجتهاد والظن ، فاذا أمكن الرجوع الى القطع لم يرجع الى الاجتهاد ، كما لا يجوز الرجوع الى القياس مع النص .

وان غصب ماله مثل واتخذ منه ما لا مثل له ، كالتمر اذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة اذا جعلها دقيقاً . وقلنا : انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل . لأن المثل أقرب الى المغصوب من القيمة . وان غصب ما لا مثل له واتخذ منه ماله مثل كالرطب واذا جعله تمراً ثم تلف لزمه مثل التمر ، لأن المثل اقرب اليه من قيمة الأصل ، وان غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسمسم اذا عصر منه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار ان شاء رجع عليه بمثل السمسم ، وان شاء رجع عليه بمثل الدهن ، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما .

وان وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : تجب قيمته وقت المحاكمة ، لأن الواجب هو المثل ، وانما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم ، ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين تعذر المثل ، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف . ومنهم من قال : تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى وقت الحكم . لأن الواجب فى الذمة هو المثل الى وقت الحكم ، كما أن الواجب فى المغصوب رد العين الى وقت التلف ، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ، فيجب أن يعتبر فى المثل أكثر ما كانت قيمته الى وقت الحكم . ومنهم من قال : ان كان ذلك مما يكون فى وقت وينقطع فى وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع ، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة . وان كان مما لا ينقطع عن أيدى الناس وانما يتعذر فى موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل الى القيمة الا بالحكم .

وان وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين :

(أحدهما) لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ، كما قلنا فى الماء فى الوضوء والرقبة فى الكفارة .

(والثانى) يلزمه ، لأن المثل كالعين ، ولو احتاج فى رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل .

الشرح الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً فهو غاصب ، والجمع غصاب ككافر وكفار ، ويتعدى إلى مفعولين . فيقال : غصبته ماله ، وقد تزاد من فى المفعول الأول فيقال : غصبت منه ماله ، فزيد مغصوب ماله ، ومغصوب منه ماله ، ويبنى للمفعول فيقال : اغتصبت لما لم يسم فاعله ــ المرأة نفسها ــ بالنصب على المفعولية ، وربما قيل : على نفسها يضمن الفعل معنى غلبت ، والشيء مغصوب وغصب تسمية بالمصدر .

وعند الفقهاء الاستيلاء على مال غيره بغير حق أو هو أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة ، وهذا تعريف لابن الحاجب من المالكيــة وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال . وقال محمد : الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصباً .

ولنا أنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط لقـوله تعالى : (وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً) فجعل الغصب مصدر الأخذ فدل على أن الغصب والأخذ واحد ، والأخذ إثبات اليد إلا أن الإثبات اذا كان بإذن المالك يسمى إيداعاً وإعارة وإيضاعاً فى عرف الشرع ، واذا كان بغير اذن المالك يسمى فى متعارف الشرع غصباً ، ولأن الغصب انما جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا والدليل عليه أن غاصب الغاصب ضامن وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الأول وإزالة الزائل محال . وحكمه أنه محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أمـوال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) .

وأما السنة : فقد أخرج أحمد والبخارى عن أبى بكرة ولفظه « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال : أتدرون أى يوم هـذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقـال : أليس يوم النحر ؟ قلنا بلى . قال أى شهر هذا ؟ قلنا الله ورسـوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه ، فقال أليس ذا الحجة ؟ قلنا : بلى . قال أى بلد هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم ، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليست البلدة الحرام ؟ قلنا : بلى . قال : فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم ، ألا هل بلغت . قالوا : نعم . قال : اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض) .

ورواه البخارى من حديث ابن عباس وفيه « قالوا يوم حرام » وقالوا : « شهر حرام » و « بلد حرام » ، وعند البخارى أيضا من حديث ابن عمر بنحو حديث أبى بكرة إلا أنه ليس فيه قـوله « فسـكت » فى المواضـع

الثلاثة ، وقد جمع بعضهم بين الأحاديث بتعدد الواقعة ، ورد ذلك الحافظ ابن حجر فى الفتح فقال وليس شىء لأن الخطبة يوم النحر إنما تشرع مرة واحدة ، وقد قال فى كل منها إن ذلك كان يوم النحر .

وأشـار الكرمانى الى فخـامة حديث أبى بكرة مما ليس فى الروايات الأخرى ، وقد رواه مسلم وغيره من حديث جابر بن عبد الله فى وصف حجة النبى صلى الله عليه وسلم وهى رواية مشهورة مرت فى كتاب الحج ، وقد رأيت الحديث فى كتاب دعائم الإسلام للقاضى أبى حنيفة النعمان بن محمد ابن حيون التميمى من قضاة المعز لدين الله الفاطمى قال : روينا عن جعفر ابن محمد بن على عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى فى حجة الوداع وهو على ناقتـه القصواء فقال « أيها الناس ، إنى خشيت ألا ألقاكم بعد موقفى هذا بعـد عامى هذا ، فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به ، ثم قال : أى يوم أعظـم حرمة ؟ قالوا : هذا اليوم يا رسول الله . قال : فأى الشهور أعظم عند الله حرمة ؟ قالوا : هذا الشهر يارسول الله : قال : فأى بلد أعظم حرمة ؟ قالوا : هذا البلد يا رسول الله . قال : فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا ، فى بلدكم هـذا ، إلى أن تلقـوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم ، ألا هل بلغت ، قالوا : نعم ، قال : اللهم اشهد » اهـ من كتاب الغصب والتعدى جـ ٢ .

ومن السنة أيضاً حديث أبى حميد الساعدى الذى ساقه المصنف مر بك تخريجه فى كتاب الصلح وغيره من أسفار المجموع ، وقد أخرجه الدارقطنى وغيره .

ومن السنة أيضاً ما أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أخذ شبراً من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين » ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة ، ورواه أحمد عن أبى هريرة ، ورواه أحمد والبخارى عن ابن عمر ، ورواه ابن حبان وابن أبى شـيبة وأبو يعلى عن يعلى بن مرة . وأبو بكـرة ــ هو نفيـع

ابن الحارث - أو ابن مسروح الثقفى ، وأم أبى بكرة سمية جارية الحارث بن كلدة وهى أم زياد بن أبيه ، وكان أبو بكرة يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويأبى أن ينتسب إلى أحد ، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من حصن الطائف . فأسلم فى غلمان من غلمان أهل الطائف فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عد فى مواليه ، قال أحمد بن زهير : سمعت يحيى بن معين يقول : أملى على هوذة بن خليفة البكراوى نسبة إلى أبى بكرة ، فلما بلغ إلى أبى بكرة ، قلت : ابن من ؟ قال : دع لا تردده ، وكان أبو بكرة يقول : أنا من إخوانكم فى الدين .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه .

اذا ثبت هذا فإن من غصب شيئاً لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه الحسن البصرى عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور ، وقد أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك . وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبى داود والترمذى وقال : حسن غريب وقال : لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب .

وقال الشافعى : إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً صغيراً أو كبيراً فأخذ ما بين طرفيه طولا وعرضاً أو كسر له شيئاً صغيراً أو كبيراً أو رضخه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سواء ، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحاً ومكسوراً أو صحيحاً ومجروحاً قد برىء من جرحه ثم يعطى مالكه ما بين القيمتين ويكون ما بقى بعد الجناية لصاحبه نفعه أو لم ينفعه .

وقد عرف الماوردى الغصب بأدق ما رأيت تعريفا قال « الغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق » ومن ثم يكمل الغصب

بالمنع والتصرف ، فإن منع ولم يتصرف كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك ، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا .

وقال أبو حنيفة : لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل ، فان كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالا بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف ، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله ، ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل . وتحريره قياساً أن كل ما لم يصر به المال مسروقاً لم يصر به مغصوباً كالمنع والإحالة ؛ دليله ما روى عطاء ابن يسار عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه » فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم قوله « لعن الله سارق المنار ، قيل : وما سارق المنار ، قال : أن يأخذ الرجل العلامة من أرضه إلى أرض غيره » فجعل ذلك سرقة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ملعون من لعن أباه ، ملعون من لعن أمه ملعون من غير نجوم الأرض » وفى نجوم الأرض تأويلان .

(أحدهما) علماؤها (والثانى) : حدودها وأعلامها ، وما ضمن بالقبض فى العقود ضمن بالتصرف فى العقود كالمحول والمنقول ، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية . فأما الجواب بأن ما لم ينقل مختصر بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل التعدى عليه دون ماله فلم يصر المال مغصوباً ، وخالف ما لو تصرف فيه ، مع اشتهار القول عرفا أن فلاناً غصب داراً أو أرضاً .

(وأما الجواب) عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع ويخالف الغصب

المعتبر بالتصرف فى المال ، ألا ترى أنه لا يقال : سرق داراً ، ويقال : غصب داراً ، فإذا تقرر ما بينا فالمغصوب على ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يكون باقياً (والثانى) أن يكون تالفاً (والثالث) أن يكون ناقصاً ، و فى هذه الفصول التى سقناها للمصنف حالان منها . فإن كان باقياً بحاله أرتجعه المالك منه فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى ولى الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام والدراهم والدنانير فقد برىء بعد رده من حكم الغصب ، وسواء كانت قيمته قد نقصت فى الأسواق أو أرخصت الأسعار أم لا ، لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق ، وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسى) وأقمشة الصواوين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة ومكبر الصوت وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة عرفا ، وعليه مؤنة الرد إن كان له مؤنة .

(وأما الحال الثانية) وهو أن يكون المغصوب تالفاً فهو مضمون عليه ، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتى ترده » ثم هو على ضربين .

(أحدهما) أن يكون له مثل الذى تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنساً ونوعاً وصفة وقدراً ؛ لأن مثل الشىء أحصى به بدلا من القيمة ، لأنه مثل فى الشرع واللغة ، والقيمة مثل فى الشرع دون اللغة ، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه ، لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففى جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب .

(والثانى) أن لا يكون له مثل كالذى تختلف أجزاؤه من الثياب والجوهر فعليه ثمنه فى أكثر أحواله ، فثمنه من وقت الغصب إلى وقت التلف ، وبه قال جمهور الفقهاء .

وقال عبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد بن حنبل : عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية العامرى عن أنس فى رواية الترمذى ، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلماً ، وعن عائشة فى رواية أحمد وأبى داود والنسائى ، قالت عائشة : « ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفية ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً فبعثت به إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى إناء فما ملكت نفسى أن كسرته ، فقلت : يا رسول الله ما كفارته ، قال . إناء مثل إناء وطعام كطعام » وما روى أن عثمان رضى الله عنه أتاه رجل فقال : « يا أمير المؤمنين إن بنى عمك سعوا على ابلى فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال عثمان : نعطيك إبلا مثل ابلك ، وفصلانا مثل فصلانك ، فقال عبد الله بن مسعود : وقد رأيت يا أمير المؤمنين أن يكون ذلك من الوادى الذى جنى فيه بنو عمك ، فقال عثمان : نعم » .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق شركا له فى عبد قوم عليه إن كان موسراً » فأوجب قيمة الحصة ، ولم يوجب مثل تلك الحصة ولأنه لما كانت أجزاؤه مضمونة القيمة دون المثل ، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ، ومن حرق ثوباً لم يحرق ثوبه وجب أن يكون فى استهلاك العين بمثابته ، ولأن ما تختلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثلة ، ولا يخلو من أن يكون زائداً يظلم به الغاصب ، أو ناقصاً يظلم به المغصوب ، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين ، فأما الجواب عن قوله : « إناء مثل الإناء وطعام مثل طعام » فهو أن القيمة مثل فى الشرع ، قال تعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين » فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بنى عمه .

فـرع إذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف فى سوقه وبلده ، فإن قيل : لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين ؟

قيل : لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين . وإن كان من جنس الأثمان فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح الاستعمال كالحلى ففى كيفية ضـــمانه وجهان :

(أحدهما) يضمن قيمته مصوغا من غير جنسه ، إن كان من الذهب ضمن قيمته فضة ، وإن كان من الفضة ضمن قيمته ذهباً .

(والوجه الثانى) أنه يضمن بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صـياغته ، مثل أن يكون وزن مائة جرام من ذهب وهو مصوغ فيضـمن بمائة جـرام ذهبا وبأجرة صياغته ، وهل يجوز أن تكون الأجـرة ذهبـاً ، أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقا لئلا تفضى إلى الربا ، والتفاضل فى الذهب بالذهب .

(والوجه الثانى) وهو الأصح ، لأنه بدل من الصياغة والعمـل الذى لا يدخله الربا ، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقا ، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم ، كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار .

(والضرب الثانى) أن يكون محظور الاستعمال كالأوانى ، ففى ضمان صاغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى إباحة ادخارهما .

(أحدهما) أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن ، كصنعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعتها إذا نقصت أوتارها أو تلفت أزرارها لأنه لا يضمن النقص فى الإيقاع .

(والوجه الثانى) أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة ، فعلى هذا فى كيفية ضمانها وجهان على ما مضى .

فـــرع إذا غصب منه تمراً فجعله دبساً (عجـوة) أو سـمسما فعصره شيرجا أو زيتوناً فاعتصره زيتاً فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه ، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المنصوب من أحد أمرين ، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له ، فإن كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكنز بالبصرة قديماً وحديثاً ، وعندنا فى ديارنا يصنع مثله فى واحة سيوة ، يرجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه غير ماله ، ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره ، لأن أجزاء المغصوب أخص به من قيمته ، وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين :

(أحدهما) أنه بمثابة ما لا مثل له فى استرجاع ما استخرج منه .

(والثانى) أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشـبه بالمغصوب من أجزائه .

(الأمر الثانى) : وهو على أربعة أضرب :

(الأول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل ، كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق ، لأن مثل ذى المثل أولى من قيمته . فان كانت الحنطة بعـد الطحن قد زادت قيمتها دقيقاً على قيمتها حباً استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة فى الدقيق كما لو غصب دابة فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث فى يـده مع بقـاء العين ، فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى .

(والضرب الثانى) أن يكون الأصل مما ليس له مثل . والمسـتخرج منه مما له مثل ، كالزيتون إذا اعتصره زيتاً ، لأن للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وبنقص إن حدث فى الزيتون ، لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل لتقديم المثـل على القيمة .

(والضرب الثالث) أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل ، كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً ، لأن لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخيار فى الرجوع بمثل أيها شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها ، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج فأراد نقصه لم يجز . وقيل له : إن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل ، فلا معنى لأخذ الأصل مع الأرش مع استحقاقك لمثل لا يدخله الأرش .

(والضرب الرابع) أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالدبس (العجوة) إذا استخرج دبسه بالماء ، فكل واحد من التمر والدبس غير ذى مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة والدقيق ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دبساً . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبداً فابق ، او بهيمة فضلت ، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة ، لانه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف ، واذا قبض البدل ملكه ، لانه بدل ماله فملكه كبدل التالف . ولا يملك الغاصب المغصوب ، لانه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتالف ، فان رجع المغصوب وجب رده على المالك . وهل يلزم الغاصب الاجرة من حين دفع القيمة الى ان رده ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق اجرته .

(والثانى) تلزمه لانه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان فى يد الغاصب فلزمه ضمانها ، كما لو لم يدفع القيمة . واذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل ، لانه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد ، وان زاد البدل فى يده ـ نظرت ، فان كانت الزيادة متصلة كالسمن ـ وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل فى الفسخ بالعيب . وهذا فسخ ، وان كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد فى الفسخ بالعيب)) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو غصب دابة

فضاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها فائتة فكأن الفوت قد بطل لما وجدت ، ولو كان هذا بينا ما جاز أن تباع دابته عليه ، كعين جنى عليها فابيضت ، أو على سن صبى فانقلعت ، فأخذ أرشها بعد أن يئس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن ، فلما عاد أرجع حقها وبطل الأرش بذلك فيهما . وهذا كما قال : إذا غصب عبداً فأبق أو بعيراً فشرد أو فرسا فعاد فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يكون ذلك ممكنا ومكانه معروفا فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤنة فى رده ، ولو كانت أضعاف قيمته . كما يؤخذ بهدم بنائه ، وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافا ، فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر رجلا لطلبها فاستأجر رجلا ، وجبت أجرته على الغاصب ، ولو طلب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة لطلبها ، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الإجارة غير جائزة وله الأجرة المسماة ، لأنه مالك لمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها .

(والوجه الثانى) أن الإجارة باطلة ولا أجرة له لأنه لا يصح أن يعمل فى ماله بعوض على غيره . فإذا حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه .

(والقسم الثانى) أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب .

(والقسم الثالث) أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب .

(فأما القسم الأول) وهو أن يبذل الغاصب قيمة المغصوب ويطالب المغصوب منه بغصبه ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته ، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة غصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر : فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة ، لأن الشيء المغصوب مقدور عليه .

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكا مستقراً وملك الغاصب ملكا صريحاً فليس للمغصوب منه أن يستره ، لأنه وإن ملكه بالخيار ابتداء فلم يملكه انتهاء ، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداء فقد ملكه انتهاء وقد استقر ملكه عليه .

(الضرب الثانى) وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد . فإذا أخذها المغصوب منه ففى استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا .

(أحدهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد .

(والوجه الثانى) لا ، لجواز القدرة على الرد ، فإن وجد الشيء المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا فى حكمه ، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته .

وقال أبو حنيفة : يكون المغصوب ملكا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا فى قيمته ، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالا بأن البدل إذا كان فى مقابلة المبدل كان استحقاق البدل موجباً لتملك المبدل ، كالبيع والنكاح لما استحق على المشترى الثمن تملك المثمن . ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع . كذلك الغاصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب ولأن الجميع بين البدل والمبدل مرتفع فى الأصول وفى بقاء ملك

المغصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل ، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن ، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع ، ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياساً على ما أمكن رده .

ودليلنا قوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكـون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضى خرج عن الإباحة فى التمليك ، ولحديث سمرة مرفوعا « على اليد ما أخذت حتى ترده » فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه فى الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه .

فـــرع إذا نما البدل فى يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة ، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة . أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه فى حالة زيادة المغصوب كما سـيأتى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة ــ نظرت ، فان كان فى غير الرقيق ــ لم يخل اما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مســتقر ، فان كان مستقراً بأن كان ثوباً فتخرق ، أو اناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاماً فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص ؛ لأنه نقصان عين فى يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب ، فان ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك .

ومن اصحابنا من قال فى الطعام اذا طحنه : ان له ان يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله اقرب الى حقه من الدقيق ، والمذهب الأول ، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب اذا تخرق والشاة اذا ذبحت .

وان كان نقصانا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد ، فقد قال فى الأم : (للمغصوب منه مثل مكيلته) وقال الربيع فيه قول آخر : « انه يأخذه وأرش النقص) ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين .

(أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب اذا تخرق .

(والثانى) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده الى أن يتلف فصار كالمستهلك . ومنهم من قال : يأخذ مثل مكيلته قولا واحداً ، ولا يثبت ما قاله البيع .

وان كان فى الرقيق ـ نظرت فان لم يكن أرش مقدر كاذهاب البكارة والجنايات التى ليس لها أرش مقدر ـ رده وأرش ما نقص ، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب اذا تخرق ، وان كان له أرش مقدر كذهاب اليد ـ نظرت ، فان كان ذهب من غير جناية ـ رده وما نقص من قيمته . ومن أصحابنا من قال : يرده وما يجب بالجناية ، والمذهب الأول، لأن ضمان اليد ضمان المال . ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة فى النفس ؛ فلم يجب فيه أرش مقدر .

وان ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده ، فان قلنا : ان ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية ، لأن اليد فى الجناية تضمن بنصف بدل النفس . وان قلنا : ان ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته ، لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضماناً . وان غصب عبداً يساوى مائة ثم زادت قيمته فصار يساوى ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة ؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق .

(فصــــل) وان نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت ، فان كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة ، مثل ان غصب عبداً فقطع انثييه ولم تنقص قيمته ، أو غصب صاعا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمه ، لزمه فى الأنثيين قيمة العبد ، وفى الزيت نصف صاع ، لأن الواجب فى الأنثيين مقدر بالقيمة . والواجب فى الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه ما يقدر به . وان كان ما نقص لا يضمن الا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط اذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شىء ، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شىء فلم يلزمه شىء واختلف اصحابنا فيمن غصب صاعاً من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته ، فقال أبو على الطبرى : يلزمه نصف صاع كما قلنا فى الزيت .

وقال أبو العباس : لا يلزمه شىء لأن نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبة لا قيمة لها ، وأما حلاوته فهى باقية لم تنقص . ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها .

(فصــــل) وان تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقى بأن غصب ثوبا

تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي وأرش ما نقص ، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه ، فان كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقى درهمين ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه درهمان ، لأن الذى أتلفه قيمته درهمان .

(والثانى) تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن احدهما بالاتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به ، فلزمه ضمانه .

(فصـــل) فان غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص ، لأن ما نقص من الأجزاء فى مقابلة الأجرة ، ولهذا لا يضمن المستأجر ارش الأجزاء .

(والثانى) تلزمه الأجـرة وأرش ما نقص ، لأن الأجرة بدل للمنــافع ، والأرش بدل الأجزاء ، فلم يدخل أحدهما فى الآخرة ، كالأجرة وأرش ما نقص من السمن .

(فصـــل) وان نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينة فهزلت ونقصت قيمتها ، ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان :

(أحدهما) يسقط عنه الضمان ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض .

(والثانى) أنه لا يسقط ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن السمن الثانى غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالأول .

وان سمنت ثم هزلت ثم سمنت ضمن أكثر السمنين قيمة ، فى قـــول أبى على بن ابى هريرة ، لأن بعود السمن يسقط ما فى مقابلته من الأرش ، ويضمن السمنين فى قول أبى سعيد ــ لأن السمن الثانى غير الأول ــ فلزمه ضمانهما .

(فصـــل) وان غصب عبداً فجنى على انســان فى يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى فى جنايته ، فان كانت الجناية على النفس فأقيد به ضــمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان فى يده فان كان فى الطرف فأقيد منه ضمن وفى الذى يضمن وجهان :

(أحدهما) أرش العضو فى الجناية .

(والثانى) ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية ، لأن القطع فى القصاص ليس بجناية ، وقد بينا الوجهين فيما تقدم فان عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لأنه حق تعلق برقبته فى يده فلزمه تخليصه منه) .

الشرح الأحكام : تشتمل هذه الفصول على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون حيواناً .

(والثانى) أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين .

(أحدهما) أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها ، فيكون ضامنا للنقص بالمثل إن كان ذا مثل ، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ؛ ويرد الباقى بعينه ، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو اقله ، وهذا متفق عليه .

(والضرب الثانى) أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه ، فإن كان الناقص من أقل منافعه أخذه وما نقص من قيمته إجماعاً فيقوم صحيحاً ، فإن قيل : مائة درهم قوم ممزقاً أو مكسوراً ، فإن قيل : ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقاً أو مكسوراً ويأخذ منه أربعين درهما ، وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعى إلى أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوى مائة درهم فصار بعد النقص يساوى درهما أخذه وتسعة وتسعين درهما ، وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . وقال مالك : يكون المالك مخيرا بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصا ولا أرش له .

وقال أبو حنيفة : يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه وبين أن يسلمه إلى الغاصب ويرجع بجميع قيمته ، وإذا تمزق الثوب

وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة وملك المرضوض والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعاً بين البدل والمبدل ، قالوا : ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقى منها ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ، ولأن الأقل تبع للأكثر فلما كان غارماً لأكثر المنافع وجب أن يكون غارماً لأقلها .

دليلنا قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله ، ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المتميز ، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجباً لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجباً لغرم جميعه قياساً على النقص الأقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردى فى الحاوى .

فأما الجواب عن قولهم : إنه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح ، لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقى ، فلم يكن جمعاً بين البدل والمبدل، وأما الجواب عن قولهم : إن الأقل تبع للأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الأقل تبعاً لسقوط الضمان فى الأكثر ، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها ، لأنه لم يضمن الأكثر فيها ، وهذا قول مردود عندنا ، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه ، قليلا كان النقص أو كثيراً ، نفع الباقى منه أو لم ينفع نظر ، فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته ، وإن كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة : ليس له الرجوع بنقصه ، وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين إمساكه ولا أرش ، لأن الأثمان مستحقة فى الأرش ، فلم يجز أن يدخلها أرش ، وهذا خطأ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه ــ ولم يجز مع إمكان الأرش أن يكون جزءاً ، وإذا كان هذا ضامناً ففى كيفية ضمانه وجهان على ما مضى :

(أحدهما) يضمن أجزاء صنفه لا غير .

(والثانى) يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورق وورقاً إن كان من ذهب .

وإن كان حيوانا فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون بهيمة .

(والثانى) أن يكون آدمياً ، فإن كان بهيمة ـ وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر فإنه يردها ويرد معهـا نقص ما بين قيمتها سـليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در .

وقال أبو حنيفة : إن كان حيواناً ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهـر لا در لها كالبغال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا ، وإن كان ينتفع بها من جهتين كظهـر ودر كالإبل ، وكذلك البقر والجاموس فإنهما يعملان فى المحراث والساقية وجر العربات والعجلات والزحافات والنوارج كان فى إحدى عينيه ربع قيمته ، وفى سـائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه « أنه حكم فى إحدى عينى بقرة بربع قيمتها » وقد رد الماوردى وغيره هذا الوجه ، لأن ما لم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينـه قياسـاً على ذات الظهر ، ولأن كل ما لم يضمن بمقدر فى غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر ، قياساً على سائر الأعضاء ، وما روى عن عمر رضى الله عنه لا دليل فيه لأنها قصة وافقت الحكومة فيها ربع القيمة .

وقال مالك : إذا قطع ذنب حمار القاضى كان عليه جميع قيمته ، ولو كان لغير القاضى لزمه ما نقص من قيمته استدلالا بأن فى قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهنا فى الدين ، وحسبك بقبح هذا القول دليلا على فساده ، ولو جاز أنه يجب فى ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك فى تمزيق ثيابه والتعدى فى قماشه ولتضاعفت الجنـاية عليه على الجناية على غيره ، ولكان كل ما اختص به زائداً فى الحكم على من سواه ، وفى اتفاق الجميع

على أن القاضي وغيره سواء فى ضمان ما استهلك له أو جنى عليه وجب أن يكون وغيره على سواء فى الجناية على حماره .

فرع قال الشافعي : إن كان ثوباً فأبلاه الغاصب أخذه منه المشترى وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه ، ويرجع المشترى على الغاصب بالثمن الذى دفع . ا هـ . وهذه المسألة تشتمل على : إما إبلاء الغاصب له وإما ابلاء المشترى فالغاصب لا يخلو حاله فى الثوب الذى غصبه من أربعة أقسام :

(أحدها) أن لا يبلى فى يده ولا تمضى عليه مدة يكون لها أجرة ، فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواه .

(والثانى) أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجرة ، فهو يرده ويرد معه أرش البلى لا غير .

(والثالث) أن لا يبلى ، لكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجرة ، فهو يرده ويرد معه أجرة مثله لا غير .

(والرابع) أن يبلى وتمضى عليه مدة يكون لها أجرة ، فهل يجمع عليه بين الأرش والأجرة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجمع بينهما وتجبان عليه لاختلاف موجبها ، لأن الأرش يجب باستهلاك الأجزاء والأجرة تجب باستهلاك المنفعة .

(والوجه الثانى) أنهما يجتمعان عليه ، ويجب عليه أكثر الأمرين من الأرش والأجرة لأن استهلاك الأجزاء فى مقابلة الأجرة ، ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى ، لأنه فى مقابلة ما قد ضمنه من الأجرة . ولكن لو كان المغصوب حيواناً فمضت عليه فى يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها سمنه لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهاً واحداً . والفرق بينها وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه ، وليس استخدام الحيوان موجباً لهزاله والله أعلم .

فــرع صورة من نقصت العين فى يده ثم زال النقص فهى كما قال الشافعى فى الأم هكذا : ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت فى يده بتعليم وتهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها . قال الماوردى : وهذه المسألة مشتملة على فصلين :

(أحدهما) يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص .

(والثانى) أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد ، وتكلم عن الفصل الأول فصور المسألة فى أمة زادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن فصارت تساوى ألفاً ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة ، فإنه يردها ومعها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة فى يده وقال أبو حنيفة : يردها ولا غرم عليه لنقص ما زاد فى يده استدلالا بأنه رد المغصوب كما أخذه . ولأن الزيادة فى يد الغاصب قد تكون زيادة فى السوق أو زيادة فى العين ، فلما كانت زيادة الرق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، كانت زيادة العين ، غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ،وتحريره قياساً أنها زيادة حدثت فى يد الغاصب فوجب أن يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف العين عكساً ، وكان ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب . وإن صارت تحت يده ، ألا ترى لو أن شاة دخلت داراً لرجل لم يضمنها . وإن صارت تحت يده وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحدوث ذلك بغير فعله ، وكذا الزيادة الحادثة فى يده .

دليلنا : أنه نقص عين حدث فى يد الغاصب فوجب أن يكون مضمونا عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها ، بأن يغصبها صحيحة فتمرض أو سمينة فتهزل ، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك إن لم يبعها .

وفى ضمان النقص وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة أنه غير مضمون على الغاصب

استشهادا بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها ، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة ، فكذا الغاصب .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، والأشبه بأصول الشافعي أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعي فيما سبق . ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته فما طرأ بعده من زيادة فحادث على ملك المغصوب منه ، فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل ، والغصب مضمون باليد . فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت ضمن على قول أبي سعيد الاصطخري قيمتها ونقصها مهما تكرر ، ويتفرع على ذلك إذا غصبها وهي تساوي ألفاً فمرضت حتى صارت تساوي مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة ردها وتسعمائة نقص مرة واحدة ، وعلى قول أبي سعيد رد معها ألفاً وثمانمائة نقصها مرتين ، وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص ، فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البدء ثم ردها لم يلزمه على قول أبي علي بن أبي هريرة شيء ولزمه على قول أبي سعيد مائة نقصان . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واذا زاد المغصوب في يد الغاصب بان كانت شجرة فاثمرت، او جارية فسمنت او ولدت ولدا مملوكا ، ثم تلف ، ضمن ذلك كله ، لانه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب ، فضمنه بالتلف ، كالعين المغصوبة ، وان القت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان :

(احدهما) انه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيا ، وهو ظاهر النص لانه غصبه بغصب الام فضمنه بالتلف كالام .

(والثاني) انه لا يضمنه ، وهو قول ابي اسحاق ، لانه انما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن ، وحمل النص عليه اذا القته حيا ثم مات .

(فصـــل) وان غصب دراهم فاشترى سلعة فى الذمة ، ونقد الدراهم فى ثمنها وربح ، ففى الربح قولان ، قال فى القديم : هو للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد ، فعلى هذا يضمنه الغاصب اذا تلف فى يده كالثمرة والولد ، وقال فى الجديد : هو للغاصب لانه بذل ماله فكان له .

(فصـــل) وان غصب عبدا فاصطاد صيداً فالصـــيد لمولاه ، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده ، وهل تلزم الغاصب اجرة العبد للمدة التى اصطاد فيها ؟ فيه وجهان :

(احدهما) تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه .

(والثانى) لا تلزمه لان منافعــه صــارت الى المولى ، وان غصب جارحة كالفهد والبازى ، فاصطاد بها صيدا ففى صيده وجهان :

(احدهما) انه للغاصب : لأنه هو المرسل والجارحة آلة ، فكان الصيد له ، كما لو غصب قوسا فاصطاد بها ، وعليه اجرة الجارحة ، لأنه أتلف على صاحبها منافعها .

(والثانى) أن الصيد للمغصوب منه ، لانه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا فى اجرته وجهان على ما ذكرناه فى العبد .

(فصـــل) وان غصب عينا فاستحالت عنده بأن كان بيضا فصار فرخا او كان حباً فصار زرعا او كان زرعا فصار حبا ، فللمغصوب منه ان يرجـع به لأنه عين ماله فان نقصت قيمته بالاستحالة ، رجع بارش النقص لأنه حدث فى يده ، وان غصب عصيراً فصار خمراً ضمن العصير بمثله ، لانه بانقلابه خمراً سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيواناً فمات ، فان صار الخمر خلا رده ، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضـــمان ما وجب بهلاك العصير .

(والثانى) لا يلزمه لان الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضـــمان العصير ، فعلى هذا ان كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل ارش النقص .

(فصـــل) وان غصب شيئاً فعمل فيه عملا زادت به قيمته بان كان ثوبا فقصره او قطناً فغزله ، او غزلا فنسجه ، او ذهبا فصاغه حلياً ، او خشبا فعمل منه بابا رده على المالك لانه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لانه عمل تبرع به فى ملك غيره فلم يشاركه ببدله) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولد المغصوبة الذى ولد فى الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة : ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده إلا أن يمنع من بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالا بما ذكره فى زيادة البدن من أن حدوث الشيء فى يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً إليه أو الشاة اذا دخلت داراً .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة فى يد الغاصب كالأم بدليل أنه لو ادعاه لقبل قوله لمكان يده فوجب أن يكون ما مثاله باليد كأمه ، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضمونا على الغاصب ، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدى فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن ، ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضمونا كالسمن وثمر الغرس ولأن ماضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه كالدراهم فى كيس والحلى فى حق .

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح اليها فهو أن لا يكون بذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون بامساك الولد متعدياً فكان ضامنا . ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه ، وولادة الصيد فى يده توجب عليه الضمان لتعديه .
فإذا ثبت أن ولد المغصوب مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه فى ضمان قيمته فى أكثر أحواله فيه من حين الولادة إلى وقت التلف ، فان نقصت قيمة أمه بعد الولادة ــ فان كان نقصها لغير الحمل ــ ضمنه مع قيمة الولد ، وإن كان نقصها لأجل لم يضمنهما معا لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها ، فكان ضامنا لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن ،

وحال مختلف فيها . فأما أحوال الضمان ففى الغصب والجناية والإحرام ، فإن ضمان الولد فيها واجب كالأم ، وأما حال سقوط الضمان ففى الإجارة والرهن والوديعة ، فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالأم ، فأما الحال المختلف فيها ففى العارية والبيع الفاسد ففى ضمان الولد فيهما وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا فى ضمان الأم فى العارية والبيع الفاسد ، هل هو ضمان غصب أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أنه ضمان غصب ، فعلى هذا يكون الولد مضموناً بأكثر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالغصب .

(والوجه الثانى) أنه يكون مضموناً ضمان عقد ، فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لأنه لم يدخل فى العقد ، فأما إذا غصب مالا فاتجر به وربح فيه ففى ربحه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم : إنه لرب المال ، وهو مذهب مالك .

(والقول الثانى) إنه للغاصب وهو مذهب أبى حنيفة ، وسنذكر توجيه القولين فى القراض ، فأما إذا غصب شيئاً فصاد به ، فعلى ثلاثة أضرب .

(أحدها) أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجرة الآلة .

(والضرب الثانى) : أن يكون عبداً فالصيد للمغصوب منه لأن يده يد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : عليه الأجرة ، لأنه غاصب . والثانى : لا أجرة عليه لأن الصيد قد صار إلى منافعه فى ذلك الزمان والضرب الثالث : أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والنمر ففى الصيد وجهان :

(أحدهما) : للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والنمر ، فهل عليه أجرة الكلب أم لا ؟ على وجهين .

قال الشافعى : ولو باعها الغاصب فأولدها المشترى ثم استحقها المغصوب منه أخذا من المشترى مهرها وقيمتها إن كانت ميتة ، وأخذها إن كانت حية ، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتاً ، ويرجع المشترى على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره ، إلى أن قال : وعليه الحد إن لم يأت بشبهة .

فــرع إذا كان قد غصب بيضاً فصار فراخا أو فروجا كان ملكا للمغصوب منه لتولده فى ملكه ، ولو غصب منه شاة فأنزى عليها فحله فوضعت سخلا كان للغاصب ، لأنه مالك الأم ولا شىء للمغصوب منه فى نزو فحــله لأنه عسب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجع على الغاصب بقدر النقص . فلو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص ما حدث فيها . وقال أبو حنيفة : قد صارت للغاصب بالطبخ ، ويغرم قيمتها استدلالا برواية عاصم بن كليب عن أبى بردة بن أبى موسى « أن النبى صلى الله عليه وسلم زار قوما مــن الأنصار فقــدموا إليه شاة فصيلة فأكل منها لقمة فلم يبلعهــا فقــال مالى لا أسيغها ؟ إن لها لشأنا أو قال خبرا ، قالوا يا رسول الله إنا أخذناها من بنى فلان وإنهم اذا وافوا راضيناهم . فقال : أطعموها الأسارى » فجعل لهم تملكها بالعمل لأنه أمرهم بإطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شىء إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم : يا رسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمى اخترت منها شاة ؟ قال : ان لقيتها نعجــة تحمل شفرة وزناداً بخبت الجميش ــ بفتــح فســكون ، والجميش وزان الخميس ــ وهو صحراء بين مكة والمدينة ــ فلا تأخذها » قال الماوردى :

وأما الخبر الذى استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر ، ويحتمل أن يكون لتعذر مســتحقه عن اســتبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب شيئاً فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه ، بان غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيته ، أو صاعاً من الطعام فخلطه بصاع من طعامه ، نظرت ، فان خلطه بمثله فى القيمة فله ان يدفع اليه صاعا منه ، لانه تعذر بالاختلاط عين ماله ، فجاز ان يدفع اليه البعض من ماله ، والبعض من مثله ، وان اراد ان يدفع اليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص ان الخيار الى الغاصب ، لانه لا يقدر على رد عين ماله ، فجاز أن يدفع اليه مثله كما لو هلك .

(والثانى) وهو قول أبى اسحق وابى على بن أبى هريرة انه يلزمه أن يدفع اليه صاعاً منه ، لأنه يقدر ان يدفع اليه بعض ماله فلا ينتقل الى البدل فى الجمع ، كما لو غصب صاعا فتلف بعضه ، وان خلطه باجود منه ، فان بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله ، لأنه دفع اليه بعض ماله وبعض مثله خيراً منه ، وان بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعاً منه ففيه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص فى الغصب . ان الخيار الى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل .

(والثانى) انه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص فى التفليس ، لانا اذا فعلنا ذلك اوصلنا كل واحد منهما الى عين ماله ، واذا امكن الرجوع الى عين المال لم يلزم الرجوع الى البدل ، فان كان ما يخص المغصوب منه من الثمن اقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ، ودخل النقص على الغاصب ، لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه .

وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه ان يدفع اليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، وهو قول أبى اسحق لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا .

(والثانى) انه يجوز لأن الربا انما يكون فى البيع وليس ههنا بيع ، وانما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فاخذ بعضه وترك البعض .

(فصـــل) وان خلطه بما دونه فان طلب المغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب اجبر على الدفع ، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وأن طلب مثله من

غيره وامتنع الغاصب اجبر على دفع مثله ، لان المخلوط دون حقه فلا يلزمه اخذه . ومن اصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما الى عين ماله ، وان نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة ؛ لانه نقص بفعله .

(فصـــل) وان غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه او نوعه ، فان امكن تمييزه كالحنطة اذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء اذا اختلطت بالحنطة السمراء ، لزمه تمييزه ورده ، لانه يمكن رد العين فلزمه ، وان لم يكن تمييزه كالزيت اذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله لانه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل الى مثله . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما الى عين ماله كما قلنا فى القسم قبله .

(فصـــل) وان غصب دقيقا فخلطه بدقيق له ففيه وجهان :

(أحدهما) ان الدقيق له مثل . وهو قول ابى العباس وظاهر النص ، لان تفاوته فى النعومة والخشونة ليس باكثر من تفاوت الحنطة فى صغر الحب وكبره . فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة اذا خلطها بالحنطة . وقد بيناه .

(والثانى) انه لا مثل له . وهو قول ابى اسحاق ؛ لانه يتفاوت فى الخشونة والنعومة ، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فعلى هذا اختلف اصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال : يلزمه قيمته لانه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه ، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه فى الزيت اذا خلطه بالشيرج) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : « وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه » وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون فى الغصب بالمثل ، ومالا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعى ما سقنا ، وليس ذلك منه حدا لماله مثل ، لأن كل ذى مثل مكيل أو موزون ، وليس كل مكيل أو موزون له مثل ، وإنما ذكر الشافعى ذلك شرطاً فى المماثلة عند الغرم ، ولم يجعله حدا لما له مثل . وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان ، تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل ، كالحبوب والأدهان ، فإن كان مكيلا كان الكيل شرطاً فى مماثلته دون الوزن ، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً فى مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته .

أما خلط الشيء بمثله كالزيت بالزيت ، أو الحنطة بالحنطة فقد قال الشافعي : « ومن الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه ، أو يغصبه مكيال زيت فيصبه في زيت مثله ، أو خير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيته ، وإن شئت أخذ من هذا الزيت مكيالا ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيته ، وكنت تاركا للفضل ، إذا كان زيتك أكثر من زيته ولا خيار للمغصوب لأنه غير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيال في زيت شر من زيته ضمن الغاصب له مثل زيته ، لأنه قد انتقص زيته بتصييره فيما هو شر منه ، وإن كان صب زيته في شيرج أو دهن طيب أو سمن أو عسل ضمن في هذا كله ، لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيالا مثله ، وإن كان المكيال منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه في ماء ان خلصه منه حتى يكون زيتا لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له كان لازما للمغصوب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالا مثله مكانة .

قال الربيع ؛ ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بنقصه وهو معنى قول الشافعي . قلت : فهذا هو المنصوص الذي أشار إليه المصنف وقول الشافعي أعدل حكومة وأبعد عن الغرر .

فرع قال الشافعي : ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن يسلمه إليه وما نقص من مكيلته . ثم إن كانت النار تنقصه شيئاً في القيمة كان عليه أن يغرم له نقصانه وان لم تنقصه شيئاً في القيمة فلا شيء عليه ، ولو اغتصبه حنطة جيدة خلطها برديئة كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت في الزيت يغرم له مثلها بمثل كيلها ؛ إلا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ، وإن خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت في الزيت . قال : ولو خلطها بشعير أو ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها إليه بعينها بمثل كيلها ، وإن نقص كيلها شيئا ضمنه ، قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها عنده ماء أو عفن

أو أكلة أو دخلها نقص فى عينها كان عليه أن يدفعها إليه وقيمة ما نقصـــها تقوم بالحال التى غصبها والحال التى دفعها بها ثم يغرم فضل ما بين القيمتين.
قال : ولو غصبه دقيقاً فخلطه بدقيق أجود منه أو مثله أو أردأ كان كمـــا وصفنا فى الزيت .

هذا نصه فلو أن المغصوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيلته أو بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيلة وقدر القيمة لأن الأول التساوى فى الكيل والآخر التساوى فى القيمة فعلى وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : لا يجوز .

(والثانى) يجوز لأنه ليس بيعا ويكون متبرعا بفرق القيمة أو المكيلة أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لأنه ليس بيعاً وهو كما قال الشـافعى فى الأم ، وإن غصبه سمنا وعسلا ودقيقاً فعصده كان للمغصوب الخيار فى أن يأخذه معصوداً ولا شىء للغاصب فى الحطب والقدر والعمل من قبـل أن ماله فيه أثر لاعين ، أو يقوم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين . فإن كان قيمته عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه دخله النقص ، ولو غصبه دابة وشعيراً فعلف الدابة الشعير رد الدابة والشـعير من قبل أنه هو المستهلك له وليس فى الدابة عين من الشعير يأخذه إنمـا فيها منه أثر ، قال : ولو غصبه طعاماً فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم كان متطوعا بالإطعام ، وكان عليه ضمان الطعام . وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه فأكله فلا شىء له عليه من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه .
وقال الربيع : وفيه قول آخر أنه إذا أكله عالما أو غير عالم فقد وصل إليــه شيئه ولا شىء على الغاصب ، الا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل . قلت : وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه .

فــرع إذا نقص المغصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتـل وخيف فساده ؛ فعليه ضمان نقصه ، فللشافعى قولان :

(أحدهما) يضمن . (والثانى) لا يضمن . وهو أحد الأقوال الثلاثة عند الحنابلة :

(أحدها) وهو قول القاضى لا يضمن . (والثانى) يضمن ، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المغصوب منه مخير بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شىء له ، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته .

فرع فى مذهب ابن حزم والظاهرية قال : ومن كسر حلية فضة فى سرج أو لجام أو مهاميز أو تاج أو غير ذلك أو حلى ذهب لامرأة أو لرجل يعده لأهله أو للبيع كلف إعادته صحيحاً كما كان لما ذكرنا قبل ، فإن تراضيا جميعاً على أن يضمن له بين قيمته صحيحاً ومكسوراً جاز ذلك لأنه مثل ما اعتدى به وجائز أن يتفقا من ذلك فى حلى الذهب على ذهب وفى حلى الفضة على فضة ثم قال : وكل ما جنى على عبد أو أمة أو بعير أو فرس أو بغل أو حمار أو كلب يحل تملكه أو سنور أو شاة أو بقرة أو إبل أو ظبى أو كل حيوان متملك فإن فى الخطأ فى العبد وفى الأمة خاصة وفى سائر ما ذكرنا خطأ أو عمداً ما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ وأما العبد والأمة ففيما جنى عليهما عمداً القود وما نقص من قيمتهما أما القود فللمجنى عليه وأما ما نقص من القيمة فللسيد فيما اعتدى عليه من ماله وكذلك لو أن امرءاً استكره أمة فقتلها أو زنى بها لكان عليه الغرامة لسيدها والحد فى زنائه بها ولا يبطل حق حقا ، وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يعطى كل ذى حق حقه وأما القود بين الحر والعبد فنذكره إن شاء الله تعالى فى كتاب القصاص وأما ما نقصه فللناس ههنا اختلاف وكذلك فى الحيوان وقولنا فى الحيوان هو قول أبى سليمان ومالك والشافعى وقال أبو حنيفة : كذلك إلا فى الإبل والبقر والبغال والحمير والخيل خاصة فى عيونها خاصة فإنه قال فى عين كل ما ذكرنا ربع ثمنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب ارضاً ففرس فيها غراسا أو بنى فيها بناء ، فدعا صاحب الأرض الى قلع الفراس ونقض البناء لزمه ذلك . لما روى سعيد بن زيد ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((ليس لعرق ظالم حق)) فان قلعه فقـد قال فى الغصب : ((يلزمـه أرش ما نقص من الأرض)) وقال فى البيـع : اذا قلع الأحجار المستودعة ، عليه تسوية الأرض)) فمن أصحابنا من جعلهما على قولين :

(أحدهما) يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون ، فلزمه أرشه .

(والثانى) يلزمه تسوية الأرض لان جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة . ومنهم من قال : يلزمه فى الغصب أرش ما نقص . وفى البيع يلزمه تسوية الأرض ، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش لانه أوفى ، والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية ، وان كان الفراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع ـ فان كان له غرض فى قلعة ـ أخذ بقلعه ، لانه قد فوت عليه بالفراس غرضا مقصوداً فى الأرض ، فأخذ باعادتها الى ما كانت ، وان لم يكن له غرض ففيه وجهان :

(احدهما) لا يؤخذ بقلعه . لان قلعه من غير غرض سفه وعبث .

(والثانى) يؤخذ به ، لان المالك محكم فى ملكه ، والفاصب غير محكم ، فوجب أن يؤخذ به .

(فصـــل) وان غصب ارضا وحفر فيها بئراً فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه ، وقد نقله من موضعه فلزمه رده الى موضعه، فان أراد الفاصب طمها فامتنع صاحب الأرض اجبر . وقال المزنى : لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه لم يجبر المالك على نقضه ، وهذا غير صحيح ، لأن له غرضا فى طمها . وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها ، بخلاف نقض الغزل المنسوج . فان أبراه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيـــه وجهان :

(أحدهما) يصح الابراء لأنه لما سقط الضمان عنه اذا اذن فى حفرها سقط عنه اذا أبراه منها .

(والثانى) انه لا يصح ، لان الابراء انما يكون من واجب ، ولم يجب بعـد شيء فلم يصح الابراء) .

الشرح حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمـذى

وحسنه وأعله بالإرسال والنسائى ، ورجح الدارقطنى الإرسال أيضاً ؛ وقد اختلف مع ترجيح الإرسال على الصحابى الذى رواه فقيل : جابر ، وقيل : عائشة ، وقيل : ابن عمر ، ورجح ابن حجر الأول قال رحمه الله : وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً ، ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة ، وفى إسناده زمعة ، وهو ضعيف .

قال الحافظ فى التلخيص : ورواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية فى مسنديهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده وقد علقه البخارى بقوله : ويروى عن عمرو بن عوف ورواه البيهقى من حديث الحسن عن سمرة وهو إسناد معروف بما قيل فيه ورواه الطبرانى من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو .

أما الأحكام فقد قال الشافعى : ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شق فيها أنهاراً كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذى اغتصبه إياها ، وكان على البانى والغارس أن يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد إليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها . قال : وكذلك ذلك فى النهر وفى كل شىء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب ؛ ولم يملكه إياه سواء كان ما يقلع الغاصب منه ينفعه أو لا ينفعه ، لأن له منع قليل مائه كما منع كثيره . وقال الماوردى قد ذكرنا أن الأرض والعقار يجرى عليها حكم الغصب إبراءاً ، وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة : لا يجرى على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد . وهو قول أبى يوسف ، وقال محمد بن الحسن : يجرى عليها حكم الضمان باليد ، ولا يجرى عليها حكم الغصب . اهـ . وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول ، على أنه ليس للتفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير .

فإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شغلها

بغرس أو بناء أو لم يشغلها ، فإن لم يكن قد شغلها بغرس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه ، وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها ، سواء أضر قلعها بالأرض أم لا .

وقال أبو حنيفة : إن لم يضر القلع بالأرض إضرارا بينا فله القلع ، ولا يجبر على أخذ القيمة ، وان كان فى قلعه اضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعا فيجبر على أخذها ، وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها استدلالا بما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وبما روى مجاهد أن رجلا غصب قوما أرضاً براحا فغرس فيها نخلا فرفع ذلك إلى عمر رضى الله عنه فقال لهم « إن شئتم فادفعوا اليه قيمة النخل » وروى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من زرع أرض قوم بلا إذن منهم فليس له فى الزرع شىء وله نفقته » قال : ولأن من دخل تملك على ملك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع .

ودليلنا ما روى أنس مرفوعا « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه » أخرجه الدارقطنى وأحمد والحاكم والبيهقى وابن حبان . وما رواه هشام بن عروة عن أبيه « أن رجلا غصب أرضاً من رجلين من بنى بياضة من الأنصار فغرسها نخلا جما فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الأرض خيارا ولو استحق خيارا لأعلمه وحكم له ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره ، فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك يسيره فأولى أن لا يتملك كثيره ، ويتحرر من اعتلاله قياسان :

(أحدهما) أنه ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع .

(والثانى) أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة وأما حديث « لا ضرر ولا ضرار » فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين . وأما قصة عمر فمرسلة لأن مجاهداً لم يلق عمر ، ثم لا دليل فيها من وجهين :

(أحدهما) أنها قضية فى عين إن لم تنقل شرعا لم تلزمه حكما .

(والثانى) قوله إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك. وهذا عندنا جائز . وأما قوله من زرع أرضاً بغير إذنهم فليس له فى الزرع شىء ففيه جوابان :

(أحدهما) أنه تستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم .

(والثانى) ليس له فى الزرع حق الترك والاستبقاء ، بما بينه بقوله : « ليس لعرق ظالم حق » .

اذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تكون ملكا للغاصب .

(والثانى) أن يكون مغصوبا من رب الأرض .

(والثـالث) أن يكون مغصـوبا من غـيره : فأما الأول فلرب الأرض والغاصب أربعة أحوال ، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما ، لأن الحق فيه مختص بهما ، ثم ينظر فإن كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه . ولم يكن له الرجوع فى المطالبة بالقلع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر أجرة المثل أو لم يعلما ، وإن كان بغير عقد فله أجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء .

(والحال الثانية) أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائما أو مقلوعا فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط البيع . لأنه عن مراضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبرا ، ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع ، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الأرض فإن اشتراها بشرط التبقية فالبيع باطل ، وإن اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز ، فإذا قلعه المشترى فأحدث به نقصاً فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتريه مطلقاً ففيه وجهان :

(أحدهما) باطل لاحتمال التبقية .

(الثانى) يجوز ويؤخذ المشترى بالقلع .

(والحال الثالثة) أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب وتسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض ، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لأنه لم يقلع ولو كان صاحب الأرض باعها على أحد غير الغاصب كان للأجنبى الذى ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه ، فإذا قلع لم يكن للأول أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل أرضه ويكون البيع سبباً لسقوط الأرش عن الغاصب .

(والحال الرابعة) ألا يتفقا على أحد الأحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلع ، لحديث سعيد بن زيد ، فإذا قلع برىء من أجرة الأرض بعد قلعه ، فإن نقصت الأرض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الأرض كما قال فى الغصب .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الأرض فإن رضى رب الأرض أن يأخذ الأرض بغرسها وبنائها فأيهما أخذه فلا شىء عليه من مؤنة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لأنه لا يستفيد بقلعها شيئاً فصار منه ذلك سفهاً ، وإن طالب رب الأرض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض فقال الماوردى : فإن كان له فى ذلك غرض صحيح أجبر الغاصب على القلع ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الأرض وإن لم يكن فى قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) لا يجبر عليه لأنه عبث وسفه .

(والثانى) يجبر عليه لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديه ، فإن قيل بالأول لم يكن له الأرش ، وإن قيل بالوجه الثانى استحق الأرش .

(وأما القسم الثالث) وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبا من غير مالك الأرض فلكل واحد من رب الأرض ، ومالك الغرس أن يأخذ الغاصب

بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه ، فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه ، فلو أن رب الأرض اشترى الغرس من ربه قبل القلع صار مالكا لهما وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان فى قلعه غرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الأرض دون الشجر .

فرع قال الشافعى : ولو حفر فيها بئراً وأراد الغاصب دفنها فذلك له وإن لم ينفعه وهذا كما قال : إذا غصب أرضا وحفر فيها بئراً كان متعديا بحفرها وعليه شدها وضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها ، فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شىء عليه سوى أجرة المثل فى مدة الغصب ، وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الأجرة .

(والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها وليس لرب الأرض من أن يطالبه بمؤنة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد .

(الثالثة) أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب ، فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لحديث سعيد بن زيد « ليس لعرق ظالم حق » قال الشافعى : والعروق أربعة عرقان ظاهران الغرس والبناء وعرقان باطنان البئر والنهر ، وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، فعلى وجهين كما قلنا فى قلع الغرس والبناء .

(والرابعة) أن يدعو الغاصب إلى سدها ، ويأبى ربها ، فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه ، وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان :

(أحدهما) أن للغاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لغيره فلم يسقط بإبرائه .

(والوجه الثانى) أن الغاصب يمنع من سدها لأنه بالابراء يصير كالإذن له فى الابتداء فيرتفع التعدى ، ولا يلزمه ضمان ، وهذا قول أبى على أبى هريرة .

فرع إذا دفن فى الأرض المغصوبة ميتاً أخذ الغاصب بنبشه منها ، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت ، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الأرض : أنا أقر الميت مدفوناً فى الأرض ان ضمن لى نقص الأرض ففى إجبار الغاصب على بذله وجهان .

(أحدهما) يجبر على بذله حفظا لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها .

(والثانى) لا يلزمه ذلك لأنه مدفون بغير حق .

فرع قال الشافعى : وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه إياها بالحال التى أخذها قال المزنى : غير هذا أشبه بقوله ، لأنه بقوله لو غصب غزلا فنسجه ثوبا أو نقرة فطبعها دنانير أو طينا فضربه لبناً فهذا أثر لا عين ، ومنفعة المغصوب له ولا حق فى ذلك للغاصب كذلك نقل التراب عن الأرض والنهر إذا لم يبين بها أثر لا عين الفعل ، وصورتها فى رجل غصب أرضا فنقل منها ترابا فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقيا أو مستهلكا فإن استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلا ، فإن لم يقدر على مثله لأنه من تربة ليس فى الناحية مثلها ضمن القيمة ، وفيها وجهان .

(أحدهما) وقد نقله المزنى عن الشافعى فى جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب ثم تقوم الأرض بعد أخذه منها ويضمن للغاصب ما بين القيمتين .

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض ، وإن كان التراب باقيا فللغاصب ورب الأرض أربعة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على رده إلى الأرض فيبرأ الغاصب منه ، ولا يغرم إلا بالنقص إن وجد فى الأرض وأجرة مثلها فى أكثر الحالين أجرة .

(الثانية) أن يتفقا على ترك التراب خارجا عنها فذلك لهما ما لم يطرح فى أرض مغصوبة .

(الثالثة) : أن يطلب رب الأرض رد التراب إليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ جبراً برده إليها مهما كانت مؤنته .

(والرابعة) : أن يدعو الغاصب إلى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو إما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للغاصب أن يرد التراب وحده بغير إذنه ولا اعتبار بمنعه ليسقط عنه ضمان برده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده نظرت ، فان لم تزد قيمة الثوب والصبغ ، ولم تنقص بان كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين ، صــار شريكا لصاحب الثـوب بالصبغ لان الصبغ عين مال له قيمة ، فان بيع الثوب كان الثمن بينهـما نصفين ، فان زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة فى ملكهما ، لانه بفعله زاد ماله ومال غيره ، وما زاد فى ماله يملكه لانه حصـل بعمل عمله بنفسه فى ماله ، فان بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين ، وان نقص قيمتهما بان صار الثوب يساوى خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب فى صبغه ، لانه بفعله حصل النقص ، فان بيع الثوب بخمسة عشر دفع الى صاحب الثوب عشرة ، والى الغاصب خمسة فان صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب ، فان بيع الثوب بعشرة دفـع العشرة كلهـا الى صاحب الثوب ، لأنه اما ان يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك ، او نقص به قيمة الثوب فلزمه ان يجبر ما نقص من قيمة الثوب . فان صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئا لانه استهلكه فى الثوب ، ويلزمه درهمان لانه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان .

(فصــل) اذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب فى الثوب حـق ، لان ماله هو الصـبغ وقد استهلكه ، وان بقى للصـبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب الى ذلك لانه عين ماله ، فكان له اخذه ، كما لو غرس فى

ارض مغصوبة غراساً ثم اراد قلعه ، فان نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لانه حصل بسبب من جهته ، وان طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجبر ، وهو قول ابى العباس ، لان الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به الى ذلك ، لانه يمكنه ان يستوفى حقه بالبيع ، ولا يجوز ان يتلف مال الغير .

(والثانى) يجبر ، وهو قول ابى اسحاق وابى على بن خيران ، لانه عرق ظالم لا حق له فيه ، فاجبر على قلعه كالغراس فى الأرض المغصوبة وان بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول ، لانه اجبار على بيع ماله ، وان اراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع ، لانه ملك له فلا يملك الغاصب ان يمنعه من بيعه بتعديه ، وان اراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان :

(احدهما) يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه ، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب الى ثمن ثوبه .

(والثانى) لا يجبر لأنه متعد فلم يستحق بتعديه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه ، وان وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب ففيه وجهان :

(احدهما) يجبر على قبوله ، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب .

(والثانى) لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو كان ثوباً فصبغه فزاد فى قيمته خمسة فقال للغاصب : ان شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثـوب وان شئت فأنت شريك فى الثوب لك ثلثـه ولصاحب الثوب ثلثاه ، ولا يكون له غير ذلك ، وهكذا كل صبغ كان قائماً فزاد فيه ، وان صبغه بصبغ يزيد ثم استحق الصبغ فإنما يقوم الثوب ، فان كان الصبغ زائداً فى قيمته شيئاً قل أو كثر فهكذا وان كان غير زائد فى قيمته قيل له : ليس لك ههنا مال زاد فى مال الرجل فتكون شريكا به ، فإن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وان شئت فدعه .

وصورتها فى رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون للغاصب . (والثانى) أن يكون لرب الثوب . (والثالث) أن يكون لأجنبى ، فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أنه يمكن استخراجه . (والثانى) لا يمكن (والثالث) أنه يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج جميعه ، فإن لم يمكن استخراجه لم يخل ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهى بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته ، وإما بجبره نقص الثوب .

وإن كان ثمنه بعد البيع أقل مثل أن يساوى بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن ، ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين ، وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام ؛ إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ ، أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كانت بقدر ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التى هى ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هى ثمن صبغه ، ولم يحصل فيها نقص لا فى الثوب ولا فى الصبغ ، وإن كانت الزيادة أقل من الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهما فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملا ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقص مختصا بصبغه لضمانه نقص الثوب . وإن كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبغ فتكون الزيادة بينهما بقدر ماليهما بحسب قانون النسبة المعروف فى الرياضيات ، وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها ، وإن كانت حادثة بعمله ، لأنه عمل فى ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله فى مال غيره وحصل له عوض عمله فى مال نفسه ، فان دعا أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر نظر فى الداعى إلى البيع ، فإن كان رب الثوب فله ذلك ، وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم

الغصب ، وإن دعا الغاصب إلى بيعه ليتوصـل إلى ثمن صـبغه وأبى رب الثوب ، فإن بذل له مع إبائه ثمن الصبغ الذي يستحقه لو بيـع الثوب فله ذاك ولا يجبر على البيع .

وإن لم يبذل له الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصحاحه، أحدهما : أنه يجبر رب الثوب إلى ثمن ثوبه . والوجه الثانى أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعد بصبغه فلم يستحق بتعـديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام فى الصبغ إذا لم يمكن استخراجه ، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة . إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يعطيـه الغاصب ويأخذ منه قيمته ، وإن كان الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له فى الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته إن شاء فله أن يأخذه مصبوغاً لكن إن كان الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له ، وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته. واختلف أصحابه لم خص السواد بإسقاط القيمة ، فقال بعضهم : لما فيـه من إتلاف أجزاء الثوب . وقال آخرون : بل قاله فى آخر الدولة الأموية حين كان السواد شعاراً للعباسية فى نمو دعوتها وكثرة أتباعها ، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصاً وشيئاً مذموماً ، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على غيره من الألوان .

ولنا أن تمليك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه فخطأ ، لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياسا عليه لو كان غير مصبوغ ، ولأن من لم تجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم تجب عليه قيمته بعد صبغه كالأجير ، ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن يكون نقصا أو غير نقص ، فإن كان نقصا ضمنه لا غير ، وإن لم يكن نقصا فأولى أن لا يضمن .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يكون الصبغ مما يمـكن اسـتخراجه فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) أن يتفقا على تركه فى الثوب

وبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه .

(والحال الثانية) : أن يتفقا على استخراجه منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه ، فإن استخرجه وأبى فى الثوب نقصا ضمنه به .

(والحال الثالثة) أن يدعو الغاصب إلى استخراجه ويدعو رب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه ، لأنها عين مملوكة فعلى هذا يكون ضامنا لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه .

مثاله : أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوى الثوب مصبوغاً ثلاثين وبعد استخراج الصبغ منه بخمسة فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هى نقص الثوب قبل صبغه ، وخمسة أخرى هى نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه .

(والحال الرابعة) أن يدعو رب الثوب إلى استخراجه ويدعو الغاصب إلى تركه ، فهذا على وجهين : (أحدهما) أن يترك استبقاء لملك الصبغ فيه فينظر ، فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت بإستخراج الصبغ منه نفيه وجهان حكاهما ابن أبى هريرة : (أحدهما) وهو اختيار أبى حامد أنه لا يجبر على استخراجه إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع . قال : وهو كلام الشافعى حيث قال : إن قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن " نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ فحصل الخيار إليه .

(والوجه الثانى) وهو الأصح : أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له فى الاستبقاء فصار كالغرس والبناء ، ويكون تخيير الشافعى له فى الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك ، فعلى هذا إذا استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ .

(وأما القسم الثالث) وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه ، ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجه كالقول فى القسم الأول ، والقول فى تمكين استخراجه كالقول فى القسم الثانى ، فيجتمع فى هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيما وشرحا ، فهذا حكم الصبغ إذ كان للغاصب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان غصب ساجا فادخله فى البناء او خيطا فخاط به شيئا - نظرت فان عفن الساج وبلى الخيط - لم يؤخذ برده لانه صار مستهلكا فسقط رده ووجبت قيمته ، وان كان باقيا على جهته نظرت فان كان الساج فى البناء والخيط فى الثوب وجب نزعه ورده ، لانه مغصوب يمكن رده فوجب رده ، كما لو لم يبن عليه ولم يخط به ، وان غصب خيطا فخاط به جرح حيوان ، فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده ، لانه لا حرمة له فكان كالثوب وان كان محرم الدم ، فان كان مما لا يؤكل كالآدمى والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع ، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز اخذ مال الغير بغير اذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز اخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال .

وان كان مما يؤكل ففيه قولان :

(احدهما) يجب رده ، لانه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج .

(والثانى) لا يجب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكله .

(فصـــل) وان غصب لوحا وادخله فى سفينة وخاف من نزعه الغرق ، فان كان فيها حيوان - لم ينزع لما ذكرناه فى الخيط ، وان كان فيها مال غير الحيوان - فان كان لغير الغاصب - لم ينزع ، لانه اتلاف مال من له حرمة بجناية غيره فلم يجز ، وان كان المال للغاصب ففيه وجهان .

(احدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد الساج .

(والثانى) لا ينزع لانه يمكن رده من غير اتلاف المال ، بان تجر الى الشط بخلاف الساج فى البناء . وعلى هذا اذا اراد المالك ان يطالب بالقيمة كان له ذلك ، لانه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل ، كما لو غصب منه عبدا فابق ، وان اختلطت السفينة التى فيها اللوح بسفن الغاصب ففيه وجهان :

(أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة .

(والثانى) لا ينقض ما لم تتعين ، لأنه اتلاف مال لم يتعين فيه التعدى .

(فصــــل) وان غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ـ فان كانت البهيمة مما لا تؤكل ـ ضمن قيمة الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البـدل ، وان كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين فى الخيط الذى خيط به جرح ما يؤكل .

(فصــــل) وان غصب فصيلا فادخله الى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج ، وان دخل الفصيل الى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب ، لأنه نقض لتخليص ما له من غير تفريط من صاحب الباب .

(فصــــل) وان غصب ديناراً وطرحه فى محبرة كسرت المحبـرة ورد الدينار ، كما ينقض البناء لرد الساج ؛ وان وقع فى المحبرة من غير تفريط من صاحبها كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة ، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة .

(فصــــل) وان غصب عينا وباعها وقبضها المشترى وتصرف فيها وتلفت عنده ، فللمالك أن يضمن الغاصب ، لأنه غصبها . وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب .

فان ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمتـه من حين الغصب الى أن تلف فى يد المشترى ، لأنه من حين الغصب الى حين التلف فى ضمانه .

وان ضمن المشترى ضمنه اكثر ما كانت قيمته من حين قبض الى أن تلف لأنه لم يدخل فى ضمانه قبل القبض ، فلا يضمن ما قبله . فان بدأ فضـمن المشترى ـ نظرت ، فان كان عالما بالغصب ـ لم يرجع بما ضمنه على الغاصب، لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليـه كالغاصب من المالك اذا تلف عنده . فان لم يعلم ـ نظـرت فيما ضمن ، فان التزم ضـمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منهـا ـ لم يرجـع به على الغاصب ؛ لأن الغاصب لم يغره ، بل دخـل معه على أن يضـمنه ، وان لم يلتـزم ضمانه بالعقـد ـ نظرت . فان لم يحصل له فى مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصـان الجـارية بالولادة ـ رجع على الغاصب ؛ لأنه غره ودخل معه على أن لا يضمنه .

وان حصلت له فى مقابلته منفعة ـ كالاجرة والمهر وارش البكارة ـ ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع به لأنه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه .

(والثانى) لا يرجع به لأنه حصل له فى مقابلته منفعة . وان بدا فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشترى على الغاصب اذا غرم رجع به الغاصب على المشترى ، وما يرجع به المشترى على الغاصب لا يرجع به ، لأنه لا فائدة فى أن يرجع عليه ثم يرجع المشترى به عليه .

(فصــــل) وان غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك ان يضمن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فان ضمن الآكل ـ نظرت فان علم انه مغصوب فأكله ـ لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه فان أكل ولم يعلم انه مغصوب ففيه قولان :

(احدهما) يرجع لأنه غره واطعمه على أن لا يضمنه .

(والثانى) لا يرجع لأنه حصل له منفعة ، فان أطعمه المالك فان علم أنه له برىء الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به ، وان لم يعلم ففيه قولان :

(أحدهما) يبرأ الغاصب لأنه عاد الى يده فبرىء الغاصب من الضمان ، كما لو رده عليه .

(والثانى) لا يبرأ لأنه انما ضمن ، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم اليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو اراد ان يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان) .

الشرح قال الشافعى : ولو كان لوحا فأدخله فى سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه ، وهذا كما قال : إذا غصب لوحا فأدخله فى سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه لرد اللوح بعينه إلى صاحبه ، وبه قال مالك وأهل الحرمين ، وقال أبو حنيفة وأهل العراق : يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ، فمن ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه » وفى أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به . ولقوله صلى الله عليه وسلم « يسروا ولا تعسروا إنى بعثت بالحنيفية السمحة » .

وفى أخذ القيمة منه تيسير ، وفى هدم بنائه تعسير منهى عنه ، ولأنه مغصوب يستضر برده فلم يجب عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان ،

ولأنه مغصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان فى السفينة مال لغير الغاصب .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخـذت حتى تؤديه » فلزمه رد اللوح ، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعا « لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » وذلك لشدة ما حرم الله مال المسـلم على المسلم ؛ وهذا خبر ظاهره كالنص ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « إن لصاحب الحق يداً ومقالا » ولأن كل مغصوب كان له رده وجب عليه رده كالذى لم يبن عليه طرداً ، والخيط فى جرح الحيوان عكساً ، ولأنه شغل المغصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده ، كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها ، ولأنه كل مالو احتاج ابتداء إليه لم يجبر مالك عليه ، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالأرض طردا والخيط للجرح عكسا ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصـوب كما لو حلف بعتق عبـده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعتق العبد .

والجواب عن حديث : « لا ضرر ولا ضرار » فهو أنه مشترك الدليل ، لأن فى منع المالك منه إضراراً به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفعه عن المغصوب أولى من دخوله على المغصوب منه فى تيسير أمر الغاصب ورفعـه عنه والاستهانة بحق المغصوب وحماية متعلقات الغاصب .

والجواب عن حديث «يسروا ولا تعسروا » فمن وجهين .

(أحدهما) استعماله فى المغصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله فى الغاصب فى تمليكه غير ماله .

(والثانى) أن التيسير معصية ، والغاصب عاص لا يجوز التيسير عليـه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية (والجواب) عن قياسهم الخيط فى جرح الحيوان فمن وجهين .

(أحدهما) أنه معارضة الأصل لأن المعنى فى الخيط أنه ليس له رده ،

فلم يجب عليه رده ، وفى اللوح له رده . (والثانى) أنه إذا احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقديمها على حرمة الملك .

فــرع وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا : حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدميا . وفارق الخيط لأنه فى الغالب أقل قيمة من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمة ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شىء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه .

فــرع وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرته أو أخــذ دينار غــيره فسها فوقع فى محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة ، وكذلك إن كان درهما أو أقل منه وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه ، والضمان عليه لأنه لتخليص ماله ، وان غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقيه الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ، وإن رمى إنسان ديناراً فى محــبرة غــيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميــه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس فى أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها .

ويضمن ما يترتب على كسر المحبرة من رشاش الحبر على الأوراق أو الكتب أو الثياب ، فضمن قيمته تالفاً أو أرشه معيباً .

فـرع إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل اتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير إذن مالكه ، فإن كان الآكل عالماً بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالماً من غير تغرير ، فإذا ضمن الغاصب رجع عليه .

قال الشافعي : ولو غصب طعاماً فأطعمه من آكله ثم استحق أخذ الغاصب به ، فإن غرمه فلا شيء للواهب على الموهوب له ، وإن شاء أخذ الموهوب له ، فإن غرمه فقد قيل : يرجع على الواهب وقيل : لا يرجع به . قال المزني : أشبه بقوله : إن هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به ، فإن غرمه الغاصب رجع به عليه . وهذا عندي أشبه بأصله .

وهذه المسألة تنقسم إلى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع :

(فأما القسم الأول) فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء .

(ثانيها) وهو أن يأذن له فى آكله من غير هبة ولا إقباض ، فإن علم الآكل أنه مغصوب كان مضموناً عليه ، وربه أيضاً بالخيار لتغريم أيهما شاء ، فإن أغرم الآكل فقد اختلف أصحابنا فذهب البغداديون إلى أن فى رجوعه على الغاصب قولين . وذهب البصريون إلى الرجوع به قولا واحداً ، والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليه ، وأن استهلاك الموهوب له بغير إذنه فلم يرجع عليه ، فإن رجع المالك على الغاصب فعلى طريقة البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى طريقة البصريين لا يرجع به قولا واحداً .

(وثالثها) أن يطعمه بهيمة رجل فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة فهو مضمون على

الغاصب وحده ، ويرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة ، فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له فى رقبة البهيمة أو مالكها ، لأن المتلف هو الغاصب ، وإن كان إطعامها بأمر مالكها نظر ، فإن علم بأنه مغصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالخيار أن يرجع على أيهما شاء وليس للغاصب إذا غرم أن يرجع على الآمر إذا لم يعلم ويرجع إذا علم ويجرى عليه حكم الآكل والموهوب له من الإذن وعدمه .

(وأما القسم الثانى) فمصور فى الأنواع الثلاثة الآتية : إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه فأكله فان علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب وإن لم يعلم فعلى قولين .

(والنوع الثانى) أن يأذن الغاصب لرب الطعام فى أكله ، فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه ، وإن لم يعلم فعلى طريقة البغداديين يكون رجوعه على قولين ، وعلى طريقة البصريين يرجع به قولا واحداً .

(والنوع الثالث) أن يطعمه بهيمة رب الطعام فان كان بغير أمره رجع عليه بغرمه ، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع ، وإن لم يعلم فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين ، كما لو وهبه له ، وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه ، فلو باع الغاصب الطعام على مالكه وهو يعلم أو لا يعلم فتلف فى يده بعد قبضه أو لم يتلف كان المالك بريئاً من الثمن والغاصب بريئاً من الضمان ، وذهب المصنف إلى أنه إذا علم نفيه قولان على ما فصل فى آخر هذه الفصول .

فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيراً وسواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه ، إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه ، ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله إن كانت له أجرة وأرش نقصه إن حدث به نقص ، فإن كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد ،

وإن كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه ، وإن كانت السفينة سائرة فى البحر ، فان كان اللوح على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها ، وإن كان فى أسفلها بحيث لو أخذ منها هلكت وما فيها نظر ، فإن كان حيوان لم يجز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو عجماء ، وسواء كانت العجماوات للغاصب أو لغيره ، لأن للحيوان حرمتين ، حرمة نفسه وحرمة صاحبه ، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر ، فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما فى أخذه من إتلاف مال له حرمة فى الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان :

(أحدهما) يؤخذ اللوح منها ، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعديه كما يذهب ماله فى هدم بنائه .

(والوجه الثانى) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الدخول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال ، وليس كالبناء الذى لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه ، فعلى هذا يقال لرب اللوح : أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ فى الموضع قيمة لوحك ، فلو اختلطت السفينة التى فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل إليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان :

(أحدهما) تهدم جميعها حتى يوصل إليه .

(والوجه الثانى) أنه لا يجوز هدم شىء منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدى فيه .

فإذا عمل اللوح المغصوب باباً ، أو حديداً فعمله درعاً لم يملكه فى هذه الأحوال وجعله أبو حنيفة مالكاً لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغريات للإقدام على المغصوب ، وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلإن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى ، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا ، ولا شىء للغاصب إلا أن يكون قطع ما ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها ، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب .

فــرع وإن غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من البــاب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينتقض البناء لرد الساجه ــ والساجة هى نوع من الخشب الثمين يعدل الأبنوس إلا أنه يختلف عنه فى لونه إذ الابنوس أسود اللون والساج قمحى اللون ــ فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهى كالفصيل وإن كان أقل كسرت ، ويحتمل فى الفصــيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمــه لأنــه فى معنى الخشبة ، وإن كان حصوله فى الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحــوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره .

فــرع إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشترى فله أن يضمن من شاء منها فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنه فى ضمانه من حين قبضه إلى حين تلفه ، وإن ضمن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى حين تلف ، لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه وإن كان له أجرة فله الرجــوع على الغاصب والكلام فى رجوع كل واحد منهما على صاحبه .

فــرع قال الشافعي : ولو كان خيطاً فخاط به ثوباً ، وكذلك فإن خاط به جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط ولم ينزعه . قال الماوردى : وصورتها فيمن غصب خيطاً فخاط به شيئاً فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص .

(والضرب الثانى) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون الحيوان ميتاً عند المطالبة بالخيط فينظر ، فإن كان الحيوان مما له حرمه كالآدمى نظر ، فإن لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع ، وإن فحش لم ينزع لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمة ابن آدم حيا كحرمته ميتا » (والضرب الثانى) أن يكون حيا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح النفس من آدمى أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه .

(والضرب الثانى) أن يكون محظور النفس فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون آدميا فعلى ضربين : (أحدهما) أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه ، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته .

(والضرب الثانى) أن يأمن التلف ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه .

(والضرب الثانى) أن يخاف ضرراً أو شدة ألم وتطاول مرض إلخ اهـ .

قلت : ومثل الخيط شاش الجبائر والجص وجميع ما يستعمل فى الجراح والكسور والرضوض لدى الأطباء والصيدلانية ، وكذلك جسور الأسنان والأضراس الصناعية وأسلاكها وأقماعها وبدائلها فإنها جميعا يجرى ما مضى من حكم الخيط نزعا وضررا وحرمة للمستفيد منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب من رجل شيئا ثم رهنه عنده او اودعه او آجره منه وتلف عنده فان علم انه له برىء الفاصب من ضمانه لأنه اعاده الى يده وسلطانه ، وان لم يعلم ففيه وجهان :

(احدهما) انه يبرا الفاصب من الضمان لأنه عاد الى يده .

(والثاني) لا يبرا لأنه لم يعد الى سلطانه ، وانما عاد اليه على انه امانة عنده ، وان باعه منه برىء من الضمان علم او لم يعلم ، لان قبضه بابتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان .

(فصـــل) وان غصب شـيئا فرهنـه المالك عنـد الغاصب لم يبرا الغاصب ، وقال المزني : يبرا لأنه اذن له في امساكه ، فبرىء من الضـــمان كما لو اودعه ؛ والمذهب الأول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافي الضمان .

(فصـــل) وان غصب حراً وحبسه ومات عنده لم يضـــمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها اجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه اتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو اتلف عليه ماله او قطع اطرافه ، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان :

(احدهما) تلزمه الأجرة لأن منفعته تضـــمن بالأجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال .

(والثاني) لا تلزمه لأنها تلفت تحت يـده فلا يضـــمنه الغاصب بالغصب كاطرافه وثياب بدنه .

(فصـــل) وان غصب كلباً فيه منفعة لزمه رده على صـاحبه ، لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده . فان حبسه مدة لمثلها اجرة ، فهل تلزمه الأجرة ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز اجارته .

(فصـــل) وان غصب خمراً نظرت ، فان غصبها من ذمي لزمه ردها عليه لانه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه ردها عليه لأنه يجوز ان يطفىء بها ناراً او يبل بها طينا فوجب ردها عليه .

(والثاني) لا يلزمه وهو الصحيح ، لما روى ان ابا طلحة رضي الله عنـه (سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمراً فامره صلى الله عليه وسلم ان يهرقها) .

فان اتلفها او تلفت عنده لم يلزمه ضمانها ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ان الله تعالى اذا حرم شيئاً حـرم ثمنه) .

ولان ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فان صار خلا لزمه رده على صاحبه ، لانه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده اليه ، فان تلف ضمنه لانه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه .

(فصـــل) وان غصب جلد ميتــة لزمه رده ، لان له ان يتوصــل الى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فان دبغه الغاصب ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه رده كالخمر اذا صار خلا .

(والثانى) لا يلزمه لانه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده .

(فصـــل) وان فصـــل صـليباً او مـزماراً لم يلزمه شىء لان ما ازاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رســـول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة (ان الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة) فدل على انه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن . فان كسره نظـرت فان كان اذا فصـــله يصلح لمنفعه مباحة ، واذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً ، لأنه اتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه ، فان كان لا يصـــلح لمنفعـة مباحة لم يلزمه شىء ، لانه لم يتلف ماله قيمة) .

الشرح الأحكام : إذا غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها ، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الخيط لأنه أقل قيمة من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمة ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبحها ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصـــها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله ، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شىء على صاحب الجـــوهرة لأن التفريط مـــن صاحب الشاة .

فإذا مرت بهيمة رجل فى سوق فأتلفت جوهرة رجـــل قال الماوردى فى الحاوى والعمرانى فى البيان والرويانى فى البحر ما حاصله : لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالكها أو لا ، فان لم يكن معها فلا ضمان عليـــه فى الجوهرة ، لأنه غير ضامن لما جنته ، فلو سأله صاحب الجـــوهرة بيـــع البهيمة ليتوصل منها إلى جوهرته ، أو صيرورتهما معا فى ملكه لم يجبـــر المالك على البيع .

وقال أبو حنيفة : إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر . وهذا فاسد ، استدلالا بقياسين أحدهما : أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعاما - والثاني - أنه لا يستحق تملكه مع تلف شيء لم يستحق تملكه مع بقائه ، قياسا على ما قيمته أقل .

وإن كان صاحبها معها كان ضامنا لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً وقال أبو على بن أبى هريرة : إن كانت البهيمة بعيراً ضمن ، وان كانت شاة لم يضمن ، وفرق بينهما بأن المألوف فى البعير النفور فلزم منعه ومراعاته، والمألوف فى الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها ، وهذا خطأ عند الأصحاب لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة ، فإذا أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أبيح للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبى لأن عاقبته السلامة ، فإذا أفضى إلى التلف ضمنا ، فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر فى البهيمة فإن كانت غير مأكولة اللحم غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها ، وإن كانت مأكولة اللحم فعلى قولين . أحدهما : تذبح عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها ، والثانى : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها للأكلة فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة .

ولنا بناء على ما تقدم ، وعلى ما وصل إليه الطب من عمل البنج للحيوان وإجراء جراحة بيطرية لاستخراج الجوهرة أنه يجوز ذلك ويبذل صاحب الجوهرة مؤنة الجراحة والنقاهة حتى تبرأ ، فإذا كان صاحبها مفرطا كان عليه ذلك . فإذا كان صاحب البهيمة مغتصبا للجوهرة على ما بنى المصنف فصله فالضمان عليه .

فرع إذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح ، سواء كان الثمن معيناً أو فى الذمة أجراه المشترى منه بالدفع ، ثم ينظر فى البهيمة فإن كانت فى يد

البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته فى يده مضمون عليه والثمن ملك له . وعليه تسليم البهيمة ، فإن قدر على الثمن بموت أو ذبح اختاره المشترى لمأكله رد على البائع .

وإن كانت البهيمة فى يد المشترى فالثمن مضمون عليه للبائع ، فان كانت غير مأكولة غرم مثله ، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى من القولين .

(والضرب الثانى) أن تبتلع الثمن قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون فى الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل ، وهو باق فى ذمة المشترى . ثم ينظر ، فإن كانت البهيمة عند ذلك فى يد المشترى فما ابتلعته غير مضمون على واحد منهما . أما البائع فلزوال يده بالتسليم . وأما المشترى فلأنه ماله ، وجناية البهيمة من ضمانه ، وإن كانت فى يد البائع فهو مضمون عليه ، فان كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله . فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله .

وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا ؟ على القولين ، فإن قيل لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه ، ولا خيار للمشترى فى فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق فى يد البائع ، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشترى خياراً به . وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب .

(والضرب الثانى) أن يكون الثمن معيباً .

فإن كانت البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل ؛ لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه فبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف . ثم ينظر فإن كانت البهيمة فى يد المشترى فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشترى رد البهيمة على البائع ، فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشترى ، وإن كانت فى يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله .

فــرع إن غصب فصيلا ــ وهو ولد الناقة ســمى بذلك لفصــله أمه ــ فأدخله حظيرته فكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة ، أجبر على نقض الباب أو البناء لرد الفصيل على ما مضى من نقض السفينة لرد اللوح ونقض المنارة لرد الحجر . أما إذا دخل الفصيل إلى داره من غـير تفريط منه بأن دخل الحظيرة فاختلط بفصلانها وكبر وتعذر إخراجه مـن الحظيرة ، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الحائط كما كان .

فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج الا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعدياً فى وضعها فى غير حق ــ بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة ــ وكان صاحب البهيمــة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة .

(والقسم الثانى) أن يكون صاحب البهيمة متعديا لإدخالها فى غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديه بها ، فإن كانت مما لا يؤكل كسرت القــدر لأن لنفس البهيمــة حـرمة فى حراستها ، ثم كسر القدر مضموناً على صاحبها ، وان كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها فى تخليص ما جنته .

(أحدهما) تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها .

(والقول الثانى) لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأســها ثم يضمن أرش كسرها .

(والقســـم الثالث) أن يكــون كل واحــد منهــما غـير متعــد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدى ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤنة ذلك فإن لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضــمن كسرها ، فان كانت مأكولة فعلى قولين ، فى ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها .

(والقسم الرابع) أن يكون كل واحد منهما متعديا فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما فى التعدى كالمتصادمين ، فإن كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وأهدر النصف الباقى ، وإن كانت مأكولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة أرش القدر كله لا نصفه . فإن قال صاحب القدر : بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص فى ذبحها ، نظر البادىء منهما بطلب التخليص ، فجعل ذلك فى جنبته .

فــرع قال الشافعى : ولو باعه عبداً وقبضه المشترى ثم أقر البائع أنه غصبه من رجل ، فإن أقر المشترى نقضنا البيع ورددناه إلى ربه ، وقال فى موضع آخر وإن باعه وقبضه المشترى ثم أعتقه فقامت بينة بغصبه وكان المغصوب أو ورثته قياما رد العتق لأن البيع كان فاسداً ويرد إلى المغصوب . وإن لم تكن بينة وصدق الغاصب والمشترى المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما فى العتق ومضى العتق ورددنا المغصوب على الغاصب بقيمة العبد فى أكثر ما كان قيمته . وقال : ولو كان المشترى أعتقه ثم أقر هو والبائع أنه للمغصوب منه لم يقبل قول واحد منهما فى رد العتق وللمغصوب القيمة إن شاء أخذناها له من المشترى المعتق ، ويرجع المشترى المعتق على الغاصب بما أخذ منه لأنه أقر أنه باعه مالا يملك ، وهذا كما قال : إذا كان مشترى العبد قد أعتقه ثم أحضر من ادعاه ملكا وأن البائع أخذه غصباً كلف البينة قبل سؤالهما . ا هـ .

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبتاعه له حق الله تعالى فى الحرية ، فلا يعاد إلى مالكه وإنما تعاد قيمته كأى شىء اغتصبه ثم باعه وتلف فى يد المشترى ، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشترى . وللمشترى أن يرجع على البائع لأنه غره فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب .

فــرع إذا أودع العبد عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالأجرة ثم تلف عنده نظر ، فان علم بعد قبضه أنه ماله برىء العبد من ضمانه ، وإن لم يعلم نظر ،

فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن المستأجر برىء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً عليه ، وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان فى هذه الأحوال ، ففى براءة الغاصب منه وجهان .

(أحدهما) يبرأ منه لعودته إلى يد مالكه .

(والوجه الثانى) لا يبرأ منه لأن خروجه من يده إما نيابة عنه أو أمانة منه ، فلم تزل يده فكان على ضمانه . فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به ، فان لم يكن المال فى يد المالك فالضمان باق على الغاصب، وإن كان فى يده فان تلف باستهلاك المالك برىء منه الغاصب ، وإن تلف بعد استهلاكه كان فى براءته منه وجهان .

أما حبس الحر سواء عاش أو مات فسوف يأتى حكمه إن شاء الله تعالى فى الجنايات والحدود .

وأما كلب المنفعة ككلب الصيد أو الحراسة ، فإنه يجرى فيه ما يجرى فى البهائم المستأجرة لظهرها أو لعملها فى الحقول والفارق أنها غير مأكولة كبعض الدواب التى لا تؤكل .

فــرع قال الشافعى : فإن أراق له ــ أى للذمى ــ خمراً أو قتل له خنزيرا فلا شىء عليه ولا قيمة لمحرم لأنه لا يجرى عليه ملك . وأما التملك بالخمر والخنزير فمعصية ، والقول فيها كالقول فى الصليب ولا شىء على متلفها مسلما كان أو ذميا وليس على مسلم أتلفه أو على ذمى ضمان ، ويعزران باتلافه على منازلهم أو بيعهم .

وقال أبو حنيفة : إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلما كان أو ذميا ، وإن أتلفها على ذمى ضمنها المتلف مسلما كان أو ذميا ، فإن كان مسلماً ضمن قيمة الخمر والخنزير ، وإن كان ذميا ضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمى بما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى وإلى سمرة بن جندب فى خمور أهل الذمة أن لهم بيعها ، وأخذ العشر من أثمانها .

فكان الدليل من وجهين (أحدهما) أن جعل لها أثمانا والعقد عليها صحيحا ، (والثانى) أخذ العشر منها ، ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها ، قال : ولأنه مشمول فى عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم .

قالو : ولأنه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم كسائر الأشربة ، قالوا : ولأن ما كان متمولا عند مالكه ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمى على مسلم .

ودليلنا ما رواه ابن أبى حبيب عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة « إن الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع الأصنام وبيع الميتة ، فقال رجل : يا رسول الله ما ترى فى شحومها فإنها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال : قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها » فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته ، ولأن المرجوع فى كون الشىء مالا إلى صفته لا إلى صفة مالكه ، لأن صفات الشىء قد تختلف فيختلف حكمه فى كونه مالا ويختلف مالكوه . فلا يختلف حكمه فى كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالا لمسلم وكافر، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلد الميتة صار مالا لمسلم وكافر : ويتحرر من هذا قياسان :

(أحدهما) أن كل ما ليس مالا مضمونا فى حق المسلم لم يكن مالا مضمونا فى حق الكافر كالميتة والدم ، وإن شئت قلت كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا .

(والثانى) أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن ، ولأنه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته ، ولأن ما استبيح الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة،

فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه ، وتحريره قياسا أن ما حرم نفعا فأحرى أن يحرم عوضا من كافر على مسلم .

وأما الجواب عن حديث عمر وقوله : ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها فمن وجهين :

(أحدهما) أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها ، ولا يعترض عليهم فيما استباحوه منها ، وخذ العشر من أثمانها أى من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها .

(والثانى) أنه محمول على العصير الذى يصير خمراً من باب إطلاق اسم ما سيئول إليه عليه قال تعالى : (قال أحدهما إنى أرانى أعصر خمراً) وتحريم بيعها خمراً متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على إباحته عصيراً . وأما كونه متمولا فى عرفهم فمنتقض بموقوذة المجوس والعبد المرتد .

ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مراء فحديث أنس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال إسناده وأصله فى صحيح مسلم ورواه الترمذى والدارقطنى بلفظ : « يا رسول الله إنى اشتريت خمراً لأيتام فى حجرى فقال : أهرق الخمر واكسر الدنان » وأخرجه أحمد وأبو داود .

وحديث ابن عمر « أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال اغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا إلا شققته » رواه أحمد وأشار اليه الترمذى وذكره الحافظ ابن حجر فى الفتح معزواً إلى أحمد .

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : إله ، واه باسنادين فى أحدهما أبو بكر

ابن أبى مريم وقد اختلط فى الآخر وأبو طعمة وقد وثقه محمد بن عبد الله ابن عمار الموصلى وبقية رجاله ثقات وقد ترجم له البخارى فى صحيحه فقال : باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق ويعلق ابن حجر على هذا فينفى أن المراد بهذا إتلاف الأوانى وإنما المقصود اراقة الخمر واهدار جرمها ، واتلاف الآنية جاء تبعا لذلك عقوبة لأصحابها .

فـــرع في مذاهب المسلمين فى إتلاف ما ليس بمتقوم .

لو أتلف مسلم على ذمى خمراً أو خنزيراً فإنه لا يضمن عندنا لأنه مال غير متقوم ، وقال أبو حنيفة : يضمن ، وكذلك قال أصحابه رحمهم الله .

ووجه قولهم حديث النبى صلى الله عليه وسلم « فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولما كان للمسلم الضمان إذا غصب خله أو شاته أو هلك فى يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمى الضمان إذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث وقالوا فى المسئلة من حيث المعنى : إن بعض مشايخ المذهب قالوا : الخمر مباح فى حق أهل الذمة وكذا الخنزير ، فالخمر فى حقهم كالخل فى حقنا ، والخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا فى حق الإباحة شرعا ، فكان كل واحد منهما مالا متقوما فى حقهم .

ودليل الإباحة فى حقهم أن كل واحد منهم منتفع به حقيقة لأنه صالح لإقامة مصلحة البقاء والأصل فى أسباب البقاء هو الإطلاق ، إلا أن الحرمة فى حق المسلم تثبت نصاً غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) لأن الصد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ، لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك ، وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة فى حقهم .

وعلى هذا فعندهم فى وجوب الضمان وجهان :

(أحدهما) أن الخمر وإن لم يكن مالا متقوماً فى الحال فهى بغرض أن تصير مالا متقوماً فى الثـانى بالتخلل والتخليل ووجـوب ضـمان الغصب والإتلاف معتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما فى الجملة ، ولا يقف على ذلك الحال . ألا ترى أن المهر والجحش وما لا منفعة له فى الحـال مضمون بالغصب والإتلاف .

(والثانى) أن الشرع منعنا من التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير ووجه ما ذهبنا إليه ومعنا مالك وأحمد وأصحابهما أن دليل عـدم تقومه يؤخذ من وجوب رد العين أو مثلها ولا يقول أحد بأن المسلم يقدم لصاحب الخمر بدل المتلف خمراً أو فى الخنزير قيمته لقوله تعالى فى الخمر « رجس من عمل الشيطان » وصفة كونها هكذا ثابتة فى حق الناس كافـة وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص ، ولثبوت حرمة الخمر لعينهـا فتدور الحرمة مع العين وإذا كانت محرمة العين فإنها لا تكون مالا ، لأن المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق ، وأما الإجابة على أن الضد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع فإنا نقول إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم هادياً ورحمة فقـال تعالى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » ولم يبعث صلى الله عليه وسلم إلا رحمة مهداة ، ثم إن الصحيح من الأقوال عند الحنفية أن الحرمة ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين ، لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة على ما عرف فى أصول الفقه .

فـــرع قال الشافعى : ولو كسر النصرانى صليباً ، فإن كان لشىء من المنافع مفصلا فعليه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شىء عليه . أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى عليه السلام قتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قربة ، وقـد أخبر الله تعـالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به ، ولا يجوز أن يقتحم أحد بيعهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طقوسهم ماداموا لا يظهرون بها تحديا ولا يجاهرون بها إغاظة ولا يعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فإن جاهرونا بصليبهم نظر ، فإن كان

الإمام قد شرط عليهم فى عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز فى الإنكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من مخالفة عقد الذمة ، وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الاقتصار على الانكار فى حال المجاهرة ولا يتجاوز الإنكار إلى كسره ، وقد حمى الإسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت فى ظله ديانات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا ، ويقتل بعضهم بعضاً لما بينهم من ملل يعادى بعضها بعضا فأقر بينهم السكينة والوئام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله » .

وبلغ من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التى فر أهلها إلى الصحارى القصية وشعف الجبال ومغاراتها آخذوا يبنونها فى المدن والقرى ، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التى بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يجعلونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بكسر النون قولا واحداً سميت كذلك لأن عقبة بن نافع الفهرى فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكره أنغام القسس وهم يترنمون فىالليل بترانيمهم فقال : هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك .

فـــرع قال صاحب البدائع الحنفى : ولو غصب مسلم من نصرانى صليباً فهلك فى يده يضمن قيمته صليباً لأنه مقر على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان فتح قفصا عن طائر نظرت ، فان نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء الى ذهابه فصار كما لو باشر اتلافه وان لم ينفره ــ نظرت فان وقف ثم طار ــ لم يضمنه ، لأنه وجد منه سبب غير ملجىء ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب اذا لم يكن ملجئا واجتمع مع المبــاشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئراً فوقع فيها انسان باختياره ، فان طار عقيب الفتح ففيه قولان :

(احدهما) لا يضمن لأنه طار باختياره فاشبه اذا وقف بعد الفتح ثم طار.

(والثانى) يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فاذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره .

(فصـــل) وان وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه لأن رميه لم يكن سبباً لفواته ، لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه ، فان طار فى هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه فى غير داره .

(فصـــل) وان فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه ــ نظرت ، فان خرج فى الحال ــ ضمنه ، لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحله فضمنه . وان خرج منه شىء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه ، لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه ؛ كما لو قطع يد رجـــل فمات منه ، وان فتحه ولم يخرج منه شىء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه ، كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم طار ، أو نقب حرزاً فسرق منه غيره ، وان فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، لأنه لم يخرج عقيب الحل ، فصار كما لو كان مائعا فهبت عليه الريح فسقط .

(والثانى) أنه يضمن وهو الصحيح ، لأن الشــمس لا توجب الخروج ، وانما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع اذا خرج عقيب الفتح .

وان حل زقا فيه جامد وقرب اليه آخر ناراً فذاب وخرج ، فقد قال بعض أصحابنا : لا ضمان على واحد منهما ، لأن الذى حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال ، فانه لا قطع على واحد منهما ، وعنـــدى أنه يجب الضمان على صاحب النار ، لأنه باشر الاتلاف بادناء النار فصار كما لو حفر رجل بئراً ودفع فيها آخر انساناً ؛ وأما السارق فهو حجة عليـــه لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضـــمان ههنا على صاحب النار . وأما القطع فلا يجب عليهما ، لأنه لا يجب القطع الا بهتك الحرز، والذى أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الاتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان .

(فصـــل) وان فتح زقا مستطى الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه ؛ ففيه وجهان :

(أحدهما) يشتركان فى ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين .

(والثانى) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثانى كالجارح والذابح .

(فصـــل) وان حل رباط سفينة فغرقت نظرت ، فان غرقت فى الحال

ضمن لأنها تلفت بفعله ، وان وقفت ثم غرقت ، فان كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن ، لأنها غرقت بغير فعله . وان غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، كالزق اذا ثبت بعد فتحه ثم سقط .

(والثانى) أنه يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

(فصـــل) اذا أجج على سطحه نارا فطـــارت شرارة الى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره فغرقها ، فان كان الذى فعله ما جرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد . وان فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد .

(فصـــل) اذا ألقت الريح ثوبا لانسان فى داره لزمه حفظه . لأنه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظها كاللقطة ، فان عرف صاحبه لزمه اعـــلامه فان لم يفعل ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصـــار كالغاصب . وان وقع فى داره طائر لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه ، فان دخل الى برج فى داره طائر فاغلق عليه الباب ــ نظرت . فان نوى أمساكه على نفسه ــ ضمنه لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب ، وان لم ينو امساكه على نفسه لم يضمنه لأنه يملك التصرف فى برجه فلا يضمن ما فيه) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو حل دابة أو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم ذهب لم يضمن لأنهما أحدثا الذهاب .

وصورة ذلك أن رجلا حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره ، فعليه الضمان إجماعا وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سببا والطيران مباشرة لأنه قد ألجأه بالتنفير والتهييج الى الطيران ، واذا انضم الى السبب الجاء تعلق الحكم بالمسبب الملجىء سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتص منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم ، لأنهما الجآه بالشهادة فسقط حكم المباشرة .

(والثانى) أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير فللدابة والطائر حالتان :

(إحداهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانا فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة . وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : عليه الضمان . وكذلك قال أحمد .

ووجهة قول أبى حنيفة أن الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسببا ، أما المباشرة فظاهرة الانتفاء ، وأما التسبب فلأن الطير مختار فى الطيران لأنه حى وكل حى له اختيار فكان الطيران مضافا إلى اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما إذا حل القيد عن عبد إنسان حتى بقى أنه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذى فيه وهو مائع لأن المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع إلا على نقض العادة فكان الفتح سببا للتلف فيجب الضمان ، وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة وضاعت .

(والحال الثانية) أن تشرد الدابة ويطير الطائر فى الحال من غير لبث ، ففى الضمان لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : عليه الضمان لاتصاله بالسبب . وهو قول محمد بن الحسن (والثانى) وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإلجاء وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلا ومنفصلا بأن أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان ، ولأن كل ما تعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل .

ودليلنا هو أن للحيوان اختيارا يتصرف به لما شاهد عيانا من قصده

لمنافعه واجتنابه لمضاره ، ثم لما قد استقر حكما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله ، فإذا اجتمع السبب والاختيار تعلق الحكم على الاختيار دون السبب كملقى نفسه مختاراً من شاهق يسقط الضمان عن بانى الشاهق أو فى بئر يسقط عن حافرها وطيران الطائر باختياره لأنه غير ملجأ،وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير ، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان ؛ ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح حبسه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر اذا طار ، ولأن مثابته من فتح القفص عن طائر حتى طار بمثابة من هتك حرمة مال حتى سرق ، ثم كان كما لو فتح باب دار فيها مال فسرق لم يضمنه . وكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائر لم يضمن ، ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر ، بدليل أنه لو مات الطائر فى القفص بعد فتحه لم يضمنه ، وما انتفى عنه التعدى لم يضمن به .

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها فهو أنهما سواء ، وذلك أن من طبع الحيوان توقى المتالف . فإذا سقط فى البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ، ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر ، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة إلا فى أوقات الاستراحة ، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص . ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكانا سواء .

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل ؛ فلأصحابنا فى ضمانه إذا طار عقيب الفتح وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، فعلى هذا سقط السؤال فيه (الثانى) يضمنه ، فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير فى الحال فيضمن ، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الإنسان .

قال الماوردى : فإذا طار فى الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره

إياه وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره ؛ فأما اذا أمر طفلا أو مجنوناً بإرسال طائر فى يده فأرسله فطار فهو كفتحه القفص فى أنه اذا نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمن ، وان لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه ، وإن طار فىالحال فعلى وجهين ، ولو كان ساقطا على برج أو جدار فرماه بحجر فنفره فطار من تنفيره لم يضمنه لأنه قبل التنفير لم يكن مقدوراً عليه .

فـــرع إذا رمى رجل حجراً فى هواء داره فأصاب طائراً فقتـله ضمنه سواء تعمد قتله أو لم يتعمده ، لأنه وإن لم يتعد بالرمى فى هـواء داره فليس له منع الطائر من الطيران فى هوائه ، فصار كما لو رماه من غـير هوائه وخالف دخول البهيمة إذا منعها بضرب لا تخرج الا به أنه لا يضمنها .

فـــرع اذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعا فان كان الفاتح مالكها ضمن الزرع ، وان كان غيره لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك لو حل دابة مربوطة فأكلت شعيراً أو فولا لم يضمن لأن الدابة هى المتلفة دونه وكذا لو كسرت اناء لم يضمنه لما عللناه .

فـــرع قال الشافعى : ولو حل زقا [1] أو راوية فاندفقا ضمن الا أن يكون الزق يثبت مستنداً وكان الحل لا يدفع ما فيه ثم سقط بتحريك أو غيره فلا يضمن لأن الحل كان ولا جناية فيه .

وصورتها فى زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاء حتى ذهب ما فى الزق، فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواماً وأسرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون فم الزق منكسا فعليه ضمان ما فيه ، لأن الذائب مع التنكيس لا يبقى ، فكان هو المتلف له .

---

(1) الزق قارورة من الجلد يسميها عامة الحجاج زمزمية ، والوكاء الرباط ، ومنه حديث « هاتوا سبع قرب لم تحلل أو كيتهن » وحديث « العين وكاء السه » والسه الاست أو المقعدة من الانسان .

(والضرب الثـانى) أن يكون فم الزق مستعليا فهـذا على ضربين (أحدهما) أن يميل فى الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه فإذا كان بالحل تألفا ، وليس كالدابة اذا حلها لأن للدابة اختياراً (والثانى) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستنداً أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان .

(والقسم الثانى) أن يكـون ما فى الزق ثخين القـوام بطيء الذهاب كالدبس (العجوة بالعسل أو مربب التمر) والعسل القوى فإذا حل وكاءه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه ، فان كان مستعلى الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شيء منه ثم اندفع فلا ضمان ، وإن اندفع فى الحال أو كان منكسا نظر ، فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان وإن قدر على الاستدراك لسده ففى الضمان وجهان .

(أحدهما) عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه ، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا أو إبراء ، كذلك هاهنا .

(والوجه الثانى) لا ضمان عليه ، والفرق بينهما أنه فى القتل والتحريق، وفى حل لوكاء غيره متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئرا فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزق مستعلى الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيرا يسيراً فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهمـا) أن ضـمانه عليهـما لاشتراكهما فى سبب ضمانه كالجارجين (والوجه الثانى) أن ضـمانه على الثانى وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط ببراءة الجارح ويتوجه للذابح .

(والقسم الثالث) أن يكون ما فى الزق جامداً كالسـمن والدبس إذا

جمدا ومربب الجزر والفواكه إذا جف ماؤهما وتبخر فيكشف بحل الوكاء أو بكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيذوب ويذهب فإن كان الزق أو الاناء على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذائباً يعبأ فى زقه وإنائه فلا ضمان عليه ، وإن كان لا يعبأ لو كان ذائباً ففى ضمانه وجهان : (أحدهما) لا ضمان عليه لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثانى) عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سببا فتعلق به الضمان .

فــرع إذا أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمى فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما . أما صاحب النار فلم يباشر بهـا ما يضمن به ؛ وأما كاشف الاناء وحال الوكاء فلم يكن فعله جناية يضـمن بها . وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما ، لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع .

(والثانى) أخذ مالا غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع؛ فإن قيل : لم يضمن إذا ذاب بالشمس فى أحد الوجهين ولم يضمن بالنار ؟ قيل : لأن طلوع الشمس معلوم ، فصار كالقاصد له ودنو النار غير معلوم ، فلم يصر قاصدا له ولكن لو كان كاشف الاناء وحال الوكاء هو الذى أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحدا بخلاف الشمس فى أحد الوجهين ، ولأن إدناء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله ، وخالف حدوث ذلك من شخصين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه فى وجوب القطع عليه ولا يجب الضمان لو كان من شخصين ، بيد أن المصنف يقضى بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياسا على من حفر بئرا وجاء آخر فدفع إليهـا آخر ضمن صاحب البئر ، وفيـما ذهب إليه المصنف عندى نظـر والله أعلم بالصواب .

فــــرع وينبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت فى أحضان الموج فغرقت فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون غرقها فى الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله .

(والضرب الثانى) أن يتطاول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعد فهو على ضربين :

(أحدهما) أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح — أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه .

(والضرب الثانى) أن لا يظهر حدوث سبب لتلفها ففي ضمانها وجهان :

(أحدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال .

(والوجه الثانى) عليه الضمان بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات .

فـــرع إذا نصب رصيصاً من اللبن لحرقه (قمينة) حتى يجعل آجُرّاً فى غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة النـاس بنصب الرصائص أو القمائن فيها كأن جاء فى أوقات امتلاء الأجران بحصاد الحقول فأوقد فى تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن فى الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن ما أتلف ، أما إذا أعد الرصيص فى أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن ، وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلاضمان عليه لأنه غير متعد ، وكذلك لو أروى أرضه فى دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لأنه غير متعد ، فإذا أرواها فى غـير دوره — وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق فى المياه — ثم تسربت إلى حقـل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف ، أما الثوب الذى حمله الريح من منشر الجار فألقاه فى بيته فقد أسلفنا القول فى الوديعة أنه وديعة يجب المبادرة إلى إعلام صاحبه به فإذا أخفاه أو تباطأ فى اعلام صاحبه أو تلكأ كان عليه ضـمانه وانتقلت يده من الأمان إلى الضمان ، وإذا طار فلم يعلم به صاحب الدار حتى احترق بنار فى داره أو بهيمة أكلته لم يضمنه ، ولو علم به فإن لم يقدر

على منعها لم يضمن ، وإن قدر على منعها فعليه الضمان ، ولكن لو زاره عند حصول الثوب فى داره فتركه ، فإن كان مالكه غير عالم به فعليه إعلامه فإن لم يعلمه فهو ضامن ، وإن كان مالكه عالماً به فهو غير ضامن ، فإذا هبت ريح فاجتاحته فألقته بعيداً فإن لم يستطع منعه فلا ضمان ، وإن قدر على منعه من الريح فتركه ففى ضمانه وجهان :

(أحدهما) لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

(والثانى) عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها ، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع فى صبغ لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعدى منهما ، وفى حالة إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له فى ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه : هو باق . وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لانه يتعذر اقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه لأن المغصوب منه لا يدعيه .

(والثانى) يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع الى العين فاستحق البدل كمـا لو غصب عبداً فابق .

(فصـــل) وان تلف المغصوب واختلفا فى قيمته ، فقـال الغاصب : قيمته عشرة . وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه الا ما اقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فاقر ببعضه .

(فصـــل) وان اختلفا فى صفته فقال الغاصب : كان سارقا فقيمتـه مائة . وقال المغصوب منه : لم يكن سارقا فقيمته الف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل عدم السرقة . ومن اصحابنا من قال : القول قول الغاصب

لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة ، فان قال المغصوب منه : كان كاتبا فقيمته الف وقال الغاصب : لم يكن كاتبا فقيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة ، فان قال المغصوب منه : غصبتنى طعاما حديثا ، وقال الغاصب : بل غصبتك طعاما عتيقا ، فالقول قول الغاصب ، لأن الاصل انه لا يلزمه الحديث فاذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لانه أنقص من حقه .

(فصل) وان غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته ، ولأن الاصل انه باق على كونه خمراً .

(فصل) وان اختلفا فى الثياب التى على العبد المغصوب . فادعى المغصوب منه انها له ، وادعى الغاصب أنها له ، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه فى يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو غصبه جارية فهلكت فقال : ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه .

(قلت) قد ذكرنا أن المغصوب مضمون بأكثر قيمته فى السوق والبدن ووقت الغصب إلى وقت التلف . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدى ، وهذا خطأ من وجهين :

(أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا . أما الشرع فقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا » أى استداموا الإيمان ، وقال تعالى « اهدنا الصراط المستقيم » أى ثبتنا على الهداية إليه ، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة فى الإخبار والطلب . وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب بيمين فى كل حال غاصباً . ويقال : قد غصب ، وإذ كان قد تقدم من الغصب .

(والثانى) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية ، فلما كانت براءة الجراح فى الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح ؛ وجب أن يكون الحادث بعد الغصب فى حكم الموجود فى حال الغصب ، ثم هو فى الغصب أولى منه فى الجناية لبقاء يده فى الغصب وارتفاعها فى

الجناية ، وفيما ذكرناه من المعانى الماضية فى نمو البدن وزيادته دليل كاف .

فإذا ثبت هذا واختلفا فى المغصوب فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) أن يختلفا فى قيمته . (والثانى) أن يختلفا فى تلفه . (والثالث) أن يختلفا فى مثله ، فأما الضرب الأول وهو اختلافهما فى قيمته فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون اختلافهما فى القيمة مع اتفاقهما على الصفة ؛ فيقول المغصوب منه : قيمة مالى ألف . ويقول الغاصب : قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه فى قدر قيمته لأمرين :

(أحدهما) إنكاره الزيادة ، والشرع فى الإنكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى .

(والثانى) أنه غارم والقول فى الأصول قول الغارم .

فإن قيل : فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم . فالجواب عنه من وجهين :

(أحدهما) أن المشترى مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله .

(والثانى) أن المشترى فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لأنه من صنعه، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله ، فحل المشترى بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فإن كان للمغصوب منه بينة على ما ادعاه من القيمة سمعت وهى شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بينة بإن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته فى هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفا

قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح ، لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين :

(أحدهما) أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل .

(والثانى) أن اختلافهما فى القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة فى غير ما تداعياه واختلفا فيه .

(والضرب الثاني) أن يكون اختلافهما فى الصفة فهو على نوعين :

(أحدهما) أن تكون صفة زائدة .

(والثانى) أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغصوب منه وصورتها . أن يقول المغصوب منه قيمة سيارتى ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك تسع سبعة ركاب طراز ٧٥ . ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك تسع خمسة ركاب طراز ٦٠ فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار . وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمة السيارة التى غصبتها منك مائة لأنها مستهلكة ومحركها ضعيف وفراملها ناعمة وهى ماركة فيات أو فكسهول (طراز ٧٥) فيقول المغصوب منه قيمتها ألف لأنها ليست مستهلكة ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين :

(أحدهما) أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بغرمه .

(والثانى) القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليلا بإنكاره .

(وأما الضرب الثانى) وهو اختلافهما فى تلفه فصورته أن يقول المغصوب منه سيارتى باقية فى يدك ويقول الغاصب ، قد تلفت وذهبت أجـزاؤها فى (وكالة البلح) [1] فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا شىء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفها ، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها .

(والوجه الثانى) أن عليه القيمة للمغصوب منـه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصـارت كالتالفـة يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقية .

(وأما الضرب الثالث) وهو اختلافهما فى مثله فعلى ثلاثة أضرب .

(أحدهما) أن يختلفا فى صفات المثل كقول المغصوب منه غصبتنى طعاما حديثا فيقول الغاصب بل طعاماً عتيقاً أو قديماً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الإنكار والغرم ، ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذى يدعيه .

(والضرب الثانى) أن يختلفا فى أصل المثل كقول المغصوب منه ، لما غصبته مثل ، وقول الغاصب ، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام ، فإن حكموا له بمثل طولب به ، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه .

(والضرب الثالث) أن يختلفا فى وجود المثل كقول المغصوب منه ، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم ، فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه ، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً ، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يصير إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة

---

(1) سوق على شاطىء النيل فى الشمال الغربى من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرساه التمور الواردة من الصعيد الاعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء السيارات القديمة وغيرها من الالات .

ثم وجد المثل بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الرقيق إذا أخذت قيمته ثم وجد ، والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه ، وقيمة المثل أخذ مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن جهد إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقسمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف السلم فى الشيء إلى مدة تنقطع فيها فرضى المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله . والفرق بينهما أن تقدير وجود السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد . وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

فــرع ولو غصب رجل عصيراً فصار فى يده خلا رجع به المغصوب منه وينقص إن حدث فى قيمته ، ولو صار العصير خمراً رجع على الغاصب بقيمته عصيراً لأن الخمر لا قيمة له ، وهل له أخذ الخمر أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) ــ وهو قول أبى إسحاق الاسفراييني ــ أنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه (والوجه الثانى) : له أخذه لأنه قد شفع بإراقته فى بئر أو مسقى حيوان ، فلو صار الخمر فى يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه ، وفى رجوعه عليه بالقيمة وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما : يرجع بالقيمة لوجوبها . والثانى ــ لا يرجع عليه لعدم استقرارها .

وإذا غصبه خمرا فصار فى يده خلا صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلا ذا قيمة ، فلو اختلط بعد تلفه فقال المالك : صار خلا فعليك ضمانه ، وقال الغاصب : بل تلف فى يدى خمرا على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته . فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمراً ضمنه مع بقاء عينه لأنه بمصيره خمراً قد صار تالفاً ، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المغصوب منه ، وهل يضمن قيمته مع رده ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه .

(والوجه الثانى) عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه .

فــرع في كلام أصحاب أبي حنيفة في اختلاف الغاصب والمغصوب

إذا قال الغاصب : هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب قال صاحب البدائع : فإن القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قائماً لأظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان .

(قلنا) وذلك لأن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه ، فما لم يثبت العجز عن الأصل لا يقضي بالقيمة التي هي خلف .

ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لأن المغصوب منه يدعي الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله . إذ القول في الشرع قول المنكر ، ولو أقر الغاصب بما يدعي منه المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق إلا ببينة ، لأن الإقرار بالغصب إقرار بوجود سبب وجود الضمان منه ، فهو بقوله رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة .

ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها إليه وأنها نفقت عنده فلا ضمان عليه لأنمن الجائز أن شهود المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال لما أنهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الأمر على ظاهر بقاء المغصوب في يد الغاصب إلى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الأمر وهو الرد ، لأنه أمر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية .

وروى عن أبي يوسف أن الغاصب ضامن .

وإذا شهد شهود المغصوب منه أن الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب أنه ردها إليه فإن عليه الضمان لأن بينته لا ترد بينة المغصوب كما إذا قال

رجل لآخر : غصبنا منك ألفاً ثم قال : كنا عشرة ، قال أبو يوسف : لا يصدق وقال زفر : يصدق .

ووجه قوله أن قوله : غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفى الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق .

ووجه قول أبى يوسف : إن العمل بالحقيقة واجب ما أمكن ، وههنا لا يمكن ، لأن قوله : غصبنا ، إخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين، فلو عملنا بحقيقته لألغينا كلامه ، ولاشك أن العمل بانجاز أولى من الإلغاء .

(فرع) فى كلامهم فى الاتلاف

لو كسر على إنسان بربطاً أو طبلا — وهما آلتا لهو — ضمن خشباً منحوتاً عند أبى حنيفة .

وقال فى المنتقى : خشباً ألواحاً . وعند محمد وأبى يوسف لا يضمن .

ووجه قول أبى حنيفة : أنه كما يصلح للهو يصلح للانتفاع به من وجه آخر ، فكان مالا متقوماً ، من ذلك الوجه ، وكذلك لو أراق لإنسان مسكراً أو مُنَصَّفا فهو على هذا الاختلاف فى الظرف وما فيه ، فقد تتخلل الخمر فتكون خلا والظرف يضمن على كل حال ، لأنه يستوعب ما يوضع من شراب غير مسكر أو ماء قراح أو شراب مسكر فيكون تحطيم الدن والقارورة وغيرهما من ظروف المائعات مضمونة على من يتلفها ، ولا شىء على من يريق الخمر عندنا لأنها لا ثمن لها كشأن كل جوهر حرم تعاطيه .

ووجه قول صاحبى أبى حنيفة : إن هذه آلة لهو وفساد ، يعنى لم تكن شيئاً متقوماً كالخمر فإنها لا تقوم ولو أخرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصوراً ، لأن التمثال على البساط ليس بمحظور ، لأن البساط يوطأ فكان النقش متقوماً . وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

تم الجزء الرابع عشر ويليه :

الجزء الخامس عشر وأوله كتاب الوديعة

ان شاء الله تعالى

فهارس الجزء الرابع عشر
من المجمــوع شرح المهذب

أولا ــ الآيات القرآنية

الآية ــ ورقمها	الصفحة
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ــ النساء : ٣٥	١٥٧
فأما الانسان اذا ما ابتلاه ربه فأكرمه ونعمه فيقول ربى أكرمن واما اذا ما ابتلاه فقدر عليه رزقه فيقول ربى اهانن كلا بل لا تكرمون اليتيم ولا تحاضون على طعام المسكين ــ الفجر : ١٤ ، ١٥ ، ١٦	١٣٢
فادرأتم فيها ــ البقرة : ٧٢	٦
فاذا دفعتم اليهم اموالهم فأشهدوا عليهم ــ النساء : ١٦	٢٨٣
فتحرير رقبة ــ النساء : ٩٢	٢٤١
فتحرير رقبة ــ المائدة : ٨٩	٢٤١
فتحرير رقبة ــ المجادلة : ٣	٢٤١
فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مسكين ــ المائدة : ٩٥	٣٤٤
فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ــ البقرة : ١٧٨	١٦٨
قال أحدهما انى أرانى أعصر خمراً ــ يوسف : ٣٦	٣٩٨
قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة ــ الأعراف : ٣٢	١٣١
لا اله الا هو فاتخذه وكيلا ــ المزمل : ٩	١٥٤
لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف ــ قريش : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤	١٣٦
لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ــ النساء : ٢٩	٣٢٩ـ٣٥٠
هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور ــ الملك : ١٥	١٣١
هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ــ البقرة : ٢٩	١٣١
وابتغ فيما اتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله اليك ولا تبغ الفساد فى الأرض ــ القصص : ٧٧	١٢٩

الآية ــ ورقمها	الصفحة

ثانياً ـ الأحاديث والآثار والأخبار

((حرف الألف))

« حرف البـاء »

بعث النبى ﷺ انيسا لاقامة الحدود قال يا انيس اغد علي امراة هذا فان اعترفت فارجمهما ووكل عثمان رضى الله عنه عليا كرم الله وجهه يقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة ١٦٥–١٧٦

ما رايت صانعة طعاما مثل صفية صنعت لرسول الله طعاما فبعثت به الى النبى ﷺ فى اناء فما ملكت نفسى ان كسرته فقلت يا رسول الله ما كفارته قال اناء مثل اناء وطعام كطعام ٣٤٤

يسروا ولا تعسروا انى بعثت بالحنيفية السمحة .. ٣٨٢–٣٨٣

لو كانت الدنيا تساوى عند الله جناح بعوضة ما سقى الكافر منها شربة ماء ١٢٩

حكم عمر رضى الله عنه فى احدى عينى بقرة بربع قيمتها ٣٥٥

استسلف بكراً فجاءته ابل من الصدقة فقال ابو رافع فأمرنى رسول الله أن أقضى الرجل بكرة فقلت يا رسول الله انى لم أجد فى الابل الا جملا خياراً رباعيا فقال رسول الله ﷺ : اعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ١٥٨

ان النبى ﷺ زار قوما من الأنصار فقدموا اليه شاة فصيلة فأكل منها لقمة فلم يبلعها فقال مالى لا أسيغها ؟ ان لها لشأنا أو قال خبرا قالوا يارسول الله انا أخذناها من بنى فلان وأنهم اذا وافوا راضيناهم فقال : أطعموها الأسارى ٣٦٢

بينما عائشة رضى الله عنها فى بيتها سمعت صوتاً فى المدينة فقالت ما هذا فقالوا عير لعبد الرحمن ابن عوف قدمت من الشام تحمل من كل شىء قال وقد كانت سبعمائة بعير فارتجت المدينة من الصوت فقالت عائشة رضى الله عنها سمعت رسول الله ﷺ يقول رايت عبد الرحمن بن عوف يدخل الجنة حبواً فبلغ ذلك

«حرف التاء»

((حرف الثـاء))

« حرف الجيم »

((حرف الحاء))

وبيع الاصنام وبيع الميتة فقال رجل يا رسول الله ما ترى في شحومها فانها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها ٣٩١-٣٩٧

ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ٣٩٠

خطبنا رسول الله يوم النحر فقال أتدرون أى يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال اليس يوم النحر قلنا بلى قال : أى شهر هذا ؟ قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال اليس ذا الحجة قلنا : بلى قال اى بلد هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال اليست البلدة الحرام قلنا بلى قال فان دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم الا هل بلغت قالوا نعم قال اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب فرب مبلغ أوعى من سامع فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ٣٣٩

يا أيها الناس انى خشيت الا القاكم بعد موقفى هذا بعد عامى هذا فاسمعوا ما اقول لكم وانتفعوا به ثم قال : أى يوم أعظم حرمة لكم وانتفعوا به ثم قال : اى يوم اعظم حرمة قالوا هذا اليوم يا رسول الله قال فأى الشهور أعظم عند الله حرمة قالوا هذا الشهر يا رسول الله قال فأى بلد اعظم حرمة قالوا هذا البلد يا رسول الله قال فان حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم الا هل بلغت قالوا نعم قال : اللهم اشهد .. ٣٤٠

حرمة ابن آدم حيا كحرمته ميتا ٣٨٩

يا عبادى انى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا ١٣٨

اشتركوا فيما يغنمونه يوم بدر فغنم سعد بعيرين وقيل بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخران شيئا واقتسموا ٥٦-٦٨

لا حسد الا فى اثنتين رجل أتاه الله القرآن فهو يقوم به آناء الليل والنهار ورجل أتاه الله مالا فهو ينفقه آناء الليل والنهار ١٣٤

«حرف الخاء»

فأجمعوا على انها تستحق الارث كاحدى الزوجات فبعد العلم منها بذلك طلبت الخروج من التركة بسهمها وكان قد خلف أموالا كثيرة من عقار ونقود وحيوان من ذلك ذهب قطع بالفئوس حتى مجلت أيدى الرجال من تقطيعه وخلف الف بعير ومائة فرس وثلاثة آلاف شاة ١٢٧

لم يا رسول الله قال انهم يدخلون الجنة قبل الأغنياء بأربعين خريفا ، يا عائشة لا تردى المسكين ولو بشق تمرة ١٣٠

يا أيها الناس انى خشيت ألا ألقاكم بعد موقفى هذا بعد عامى هذا فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به ثم قال : أى يوم أعظم حرمة قالوا هذا اليوم يارسول الله قال فأى الشهور أعظم عند الله حرمة قالوا : هذا الشهر يا رسول الله قال : فأى بلد أعظم حرمة قالوا : هذا البلد يا رسول الله قال : فان حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن اعمالكم الا هل بلغت قالوا : نعم قال : اللهم اشهد ٣٤٠

ابشروا واملوا فوالله ما الفقر أخشى عليكم ولكن أخشى أن تبسط عليكم الدنيا كما بسطت على من كان قبلكم فتنافسوها كما تنافسوها فتهلككم كما اهلكتهم ١٣٥

ليتمن الله هذا الأمر حتى يسير الراكب من صنعاء الى حضرموت لا يخشى الا الله والذئب على غنمه ١٣٦

يا بنى استعن بالكسب الحلال على الفقر فانه ما افتقر احد قط الا اوتى ثلاث خصال : رقة فى دينه وضعفا فى عقله وذهابا فى مروءته وأعظم من هذه الثلاث استخفاف الناس به ١٣١

لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر .. ٣١١ــ٣١٣

ان للخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وانى لأكره أن احضرها ١٦٦

ان عليا كرم الله وجهه وكل عقيلا رضى الله عنه عند أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وقال ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان رضى الله عنه وقال على : ان للخصومات قحماً ١٦٤

ان الدنيا حلوة خضرة وان الله مستخلفكم فيها فينظر كيف تعملون فاتقوا الله فى النساء ١٣٢

مر رجل الى النبى ﷺ فقال لرجل عنده جالس ما رايك فى هذا ؟ فقال رجل من اشرف الناس هذا والله حرى ان خطب ان ينكح وان شفع ان يشفع فسكت رسول الله ﷺ ثم مر رجل فقال له رسول الله ﷺ ما رأيك فى هذا فقال يا رسول الله ﷺ هذا من فقراء المسلمين هذا حرى ان خطب ان لا ينكح وان شفع لا يشفع وان قال لا يسمع لقوله فقال رسول الله ﷺ هذا خير من ملء الأرض مثل هذا ١٣٠

خطبنا رسول الله يوم النحر فقال أتدرون أي يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال أليس يوم النحر قلنا بلى قال أي شهر هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال أليس ذا الحجة قلنا بلى قال أي بلد هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال : أليست البلدة الحرام قلنا : بلى قال : فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم الا هل بلغت قالوا نعم قال اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب فرب مبلغ أوعى من سامع فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ٣٣٩

ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ٤

الخلق عيال الله احبهم الى الله انفعهم لعياله ١٣٧

أمرنى النبى ﷺ أن آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال اغد على بها

ففعلت فخرج بأصحابه الى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها وامر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وامرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققتها ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا الا شققته ٣٩٨

« حرف الدال »

((حرف الذال))

((حرف الراء))

((حرف الزاى))

((حرف السين))

المدينة من الصوت فقالت عائشة سمعت رسول الله ﷺ يقول رأيت عبد الرحمن بن عوف يدخل الجنة حبوا فبلغ ذلك عبد الرحمن فقال ان استطعت لأدخلنها قائما فجعلها بأحمالها واقتابها كلها فى سبيل الله ١٣٠

يا أيها الناس انى خشيت الا ألقاكم بعد موقفى هذا بعد عامى هذا فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به ثم قال : اى يوم اعظم حرمة قالوا هذا اليوم يا رسول الله قال فأى الشهور أعظم عند الله حرمة قالوا هذا الشهر يا رسول الله قال فأى بلد اعظم حرمة قالوا هذا البلد يا رسول الله قال فان حرمة اموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن اعمالكم الا هل بلغت قالوا نعم قال اللهم اشهد ٣٤٠

خطبنا رسول الله يوم النحر فقال أتدرون أى يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال أليس يوم النحر قلنا بلى قال اى شهر هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال أليست البلدة الحرام قلنا بى قال فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم الا هل بلغت قالوا نعم قال : اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب فرب مبلغ اوعى من سامع فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ٣٣٩

انه كان يطوف السوق ويضرب بعض التجار بالدرة ويقول لا يبيع فى سوقنا الا من يفقه والا اكل الربا شاء او ابى ١٣٩

أمرنى النبى ﷺ ان آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم اعطانيها وقال اغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه الى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم اعطانيها وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى ان آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققتها ففعلت فلم اترك فى أسواقها زقا الا شققته ٣٩٨

« حرف الشين »

((حرف الصاد))

ان الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع الأصنام وبيع الميتة فقال رجل يا رسول الله ما ترى فى شحومها فانها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها .. ٣٩١–٣٩٧

بينما عائشة رضى الله عنها فى بيتها سمعت صوتا فى المدينة فقالت ما هذا فقالوا عير لعبد الرحمن بن عوف قدمت من الشام تحمل من كل شىء قال وقد كانت سبعمائة بعير فارتجت المدينة من الصوت فقالت عائشة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رأيت عبد الرحمن بن عوف يدخل الجنة حبواً فبلغ ذلك عبد الرحمن فقال ان استطعت لأدخلنها قائما فجعلها بأحمالها وأقتابها كلها فى سبيل الله ١٣٠

((حرف الضاد))

ان النبى ﷺ وكل حكيم بن حزام فى شراء اضحيته ١٦٩

انه كان يطوف السوق ويضرب بعض التجار بالدرة ويقول لا يبيع فى سوقنا الا من يفقه والا أكل الربا شاء أو أبى ١٣٩

أمر النبى ﷺ ناجية الاسلمى أن يذبح ما يعطب عليه ويصبغ نعله بدمها ويضرب بها صفحتها ويخلى بينها وبين الناس ولم يأمره بأن يقف حتى يأكل المباح له أو يفرقه عليهم حتى تقع الاباحة أو يقبلوا ذلك منه بالقول ٣٣٥

لا ضرر ولا ضرار ٢٠٢–٣٨٢–٣٨٣

اردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ وقلت له انى أريد الخروج الى خيبر فقال انت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته ١٥٧

يا بنى استعن بالكسب الحلال على الفقر فانه ما افتقر أحد قط الا أوتى ثلاث خصال رقة فى دينه وضعفا فى عقله وذهابا فى مروءته واعظم من هذه الثلاث استخفاف الناس به ١٣١

لا يأخذ احدكم متاع اخيه لاعبا أو جاداً فاذا أخذ احدكم عصا أخيه فليردها فان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص منه قيمته ٣٣٦

((حرف الطاء))

عرض لرسول الله ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال وصنعت كيف ؟ قال فحدثته الحديث قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه ١٥٧-١٥٨-١٦٠

ان الاشعريين كانوا اذا ارملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم في المدينة جمعوا ما كان عندهم ثم جعلوه في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم مني وانا منهم ٧-٦٤-١٣٦

ما رايت صانعة طعاماً مثل صفية صنعت لرسول الله طعاما فبعث به الى النبي في اناء فما ملكت نفسي ان كسرته فقلت يا رسول الله ما كفارته قال : اناء مثل اناء وطعام كطعام ٣٤٤

ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه توفي عن أربع زوجات احداهن تماضر الأشجعية وكان قد طلقها في مرض موته فاستشار عثمان رضي الله عنه الصحابة فيه فأجمعوا على أنها تستحق الارث كاحدى الزوجات فبعد العلم منها بذلك طلبت الخروج من التركة بسهمها وكان قد خلف اموالا كثيرة من عقار ونقود وحيوان من ذلك ذهب قطع بالفئوس حتى مجلت أيدي الرجال من تقطيعه وخلف الف بعير ومائة فرس وثلاثة آلاف شاة ١٢٧

من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين ٣٤٠

لا يحل منكم من مال اخيه شيء الا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم يا رسول الله أرأيت ان لقيت غنم ابن عمى اخترت منها شاه قال ان لقيتها نعجة تحمل شفرة وزناداً بخبث الجميش ــ بفتح فسكون ــ والجميش وزان الخميس وهو صحراء بين مكة والمدينة فلا تأخذها ٣٦٢

لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه ٣٧٠

لا يحل لامرىء ان يأخذ مال اخيه بغير طيب نفس منه ٣٣٦

لا يحل لمسلم ان يأخذ عصا اخيه بغير طيب نفس منــه ٣٨٣

اذا تصدق العبد من كسب طيب ولا يقبل الله الا طيبا اخذها الله بيمينه فيربيها كما يربى أحدكم فلوه أو فصيله حتى تكون مثل الجبل العظيم ١٣٤

((حرف الظــاء))

ليس لعرق ظالم حق ٣٦٨–٣٦٩–٣٧١

يا عبادى انى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا ١٣٨

خطبنا رسول الله يوم النحر فقال اتدرون اى يوم هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال أليس يوم النحر قلنا بلى قال اى شــهر هذا قلنا الله ورسوله اعلم فسكت حتى ظننا انه سيسميه بغير اسمه فقال ذا الحجة قلنا بلى قال اى بلد هذا قلنا الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال أليست البلدة الحرام قلنا بلى قال فان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم ألا هل بلغت قالوا نعم قال : اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب فرب مبلغ أوعى من سامع فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ٣٣٩

((حرف العين))

لم يا رسول الله قال انهم يدخلون الجنة قبل الأغنياء بأربعين خريفا يا عائشة لا تردى المسكين ولو بشق تمرة ١٣٠

((حرف الغين))

« حرف الفــاء »

اذا تصــدق العبد من كسب طيب ولا يقبل الله الا طيبا اخذها الله بيمينه فيربيها كما يربى احـــدكم فلوه أو فصيله حتى تكون مثل الجبل العظيم ١٣٤

ان النبى ﷺ زار قوما من الانصـــار فقــدموا اليه شاة فصيلة فأكل منها لقمــة فلم يبلعها فقـــال مالى لا اسيغها ان لها لشـــأنا أو قال خبراً قالوا يا رســـول الله انا اخذناها من بنى فلان وانهم اذا وافوا رضيناهم فقال أطعموها الاسارى ٣٦٢

شكا فقراء المهـــاجرين الى رســـول الله ﷺ وقالوا يا رسول الله ذهب اهل الدثور بالأجور يصلون كما نصلى ويصومون كما نصوم ولهم فضـــول اموال يحجون بهـــا ويتصدقون قال : أفلا اعلمكم شيئاً تدركون به من صنع مثل ما صنعوا ؟ قالوا بلى يارسول الله قال : تسبحون الله وتحمدون وتكبرون دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين فرجع فقراء المهاجرين الى رســـول الله فقالوا : سمع اخواننا اهل الأموال ففعلوا مثله فقال رسول الله ﷺ ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ١٣٤

ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم ١٣٤–١٣٥

امرنى النبى ﷺ ان آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم اعطانيها وقال اغد على بهـــا ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم اعطانيهـــا وامـــر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وامرنى ان آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققتها ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا الا شققته ٣٩٨

مر رجل على النبى ﷺ فقال لرجل عنـــده جالس ما رايك فى هذا ؟ فقال رجل من اشرف الناس هذا والله حرى ان خطب أن ينكح وان شفع أن يشفع، فسكت رسول الله ﷺ ثم مر رجل فقال له رسول الله ﷺ : ما رايك فى هذا ؟ فقال يا رسول الله هذا من فقراء المسلمين هذا حرى ان خطب أن لا ينكح وأن شفع لا يشفع وان قال لا يسمع لقوله ، فقال رسول الله ﷺ هذا خير من ملء الأرض مثل هذا ١٣٠

((حرف القاف))

((حرف الكاف))

((حرف اللام))

((حرف الميم))

« حرف النون »

((حرف الهـاء))

((حرف الواو))

((حرف لا))

ثالثاً ـ الأشعار الاستشهادية

فعن لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار فى ملاء مذيل

امرىء القيس ٣١

رابعاً ـ الأعــــلام

((حرف الألف))

((حرف البـاء))

((حرف التـاء))

((حرف الثـاء))

((حرف الجيم))

((حرف الحـاء))

« حرف الخـاء »

« حرف الدال »

« حرف الذال »

« حرف الراء »

« حرف الزاى »

« حرف السين »

((حرف الشين))

((حرف الصاد))

((حرف الطاء))

((حرف العين))

« حرف الفـاء »

« حرف القاف »

((حرف الكاف))

((حرف اللام))

((حرف الميم))

« حرف النون »

« حرف الهـاء »

« حرف الواو »

« حرف اليـاء »

خامساً ـ الأحـــكام

تم بحمد الله الجزء الرابع عشر

ويليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب الوديعة

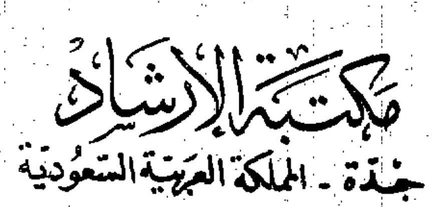
تنبيـــــــــه

طبقا للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لا يعاد طبع هذا الكتاب او جـزء من اجزائه الا باذن مؤلفه ومحقق اصله سـواء منها المحقق والمؤلف او باذن من ورثته من بعده ومن أقدم على ذلك فسوف نقدمه القضاء العادل فان عجزنا عن ذلك لخبث الفاعل ومكره السيء (ولا يحيق المكر السيء الا باهله) فسوف نخاصمه اذا تساوت الأقدام بين يدى الله ويعـلم كل امرىء ما قدمت يداه وناخذ حقنا عند أحكم الحاكمين ؟ ..

كتبه الفقير : محمد نجيب المطيعى

عضو اتحاد الكتاب بـ ج . م . ع

تليفون : ٨٢٠٩٩١ ، ٨٣٣٧٩٢



مطابع المختار الإسلامي